

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

XV



Stämpfli Verlag

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier
PD Dr. Stefan G. Schmid

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

**COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE**

curantibus

Felix Hafner
Andreas Kley
Victor Monnier
Stefan G. Schmid



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ
Anno MMXVIII

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 · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-0747-1

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1516-2

printed in
switzerland



PRÆFATIO EDITORUM

Die vorliegende Ausgabe der *Commentationes Historiae Iuris Helveticæ* enthält wiederum eine reiche Auswahl von rechtshistorisch bemerkenswerten Beiträgen, in deren Zentrum vor allem die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts steht. Gli editori sperano che questo XV volume delle *Commentationes* troverà nuovamente lettori interessati e ringraziano gli autori di avere messo loro articoli a disposizione della nostra rivista. Nous réitérons notre gratitude à Madame Isabelle Clerc des Editions Stämpfli pour son dévouement à notre égard et à Madame Kathy Steffen du département genevois d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques qui, avec sa servabilité habituelle, a bien voulu mettre en page les différentes contribution de ce numéro.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier Stefan G. Schmid

Tabula

Præfatio editorum	V
Commentationes	
Eric Gasparini	3
<i>Une apologie protestante de la tolérance au XVIIIème siècle : la Lettre d'un Patriote sur la tolérance civile des protestants de France.</i>	
Adrien Bastian	17
<i>Le détournement d'une institution sous la République helvétique : l'exemple de la Chambre administrative du Canton du Léman</i>	
Cécile Ricaud	29
<i>Kellers Zürcher Privatrecht – Eine Probe-Transkription</i>	
Sylvie Guichard et Sarah Scholl	41
<i>De la liberté collective du culte à la liberté individuelle de conscience dans les constitutions suisses du XIXème siècle</i>	
Rudolf Kappeler	63
<i>Die Aufhebung des Klosters Rheinau</i>	
Andreas Kley	101
<i>Ein Besuch bei Johann Caspar Bluntschli an der Johns Hopkins University in Baltimore/USA</i>	
Recensio libri selecti	
Etienne Hofmann	117
<i>La mission de Henri Monod à Paris en 1804</i>	

COMMENTATIONES

Une apologie protestante de la tolérance au XVIIIème siècle : la *Lettre d'un Patriote sur la tolérance civile des protestants de France*.

Dans la France du XVIIIème siècle, le combat pour la tolérance s'inscrit dans un contexte particulièrement dramatique, celui de la révocation de l'édit de Nantes en 1685 et de ses conséquences : exil de dizaines de milliers de huguenots, révolte des camisards dans les Cévennes et persécutions contre les protestants français récurrentes pendant une grande partie du siècle. Des grands noms de la pensée française se penchent sur la question¹, depuis Pierre Bayle, qui exhorte à la tolérance civile² dans son *Commentaire Philosophique* paru en 1686, jusqu'à Voltaire et son *Traité sur la tolérance* publié en 1763 dans le prolongement de l'affaire Calas. L'idée de tolérance est ainsi au cœur des réflexions des Lumières dans la seconde moitié du XVIIIème siècle. Les philosophes s'en saisissent. Aux yeux de Voltaire, elle est « l'apanage de l'humanité »³. Des jurisconsultes français comme Ripert de Monclar⁴, Joly de Fleury⁵, Gilbert de Voisins⁶, Gabriel Nicolas Maultrot⁷ ou encore Portalis⁸,

* Professeur d'Histoire du Droit, Aix-Marseille Univ, CERHIIP, Aix-en-Provence, France.

¹ Voir R. POMEAU, « Une idée neuve au XVIIIème siècle, la tolérance », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, volume 134, Droz, Genève, 1988, pp. 195-206.

² Malgré leur rapport étroit, il faut distinguer la tolérance religieuse, qui mesure l'attitude des religions entre elles, et la tolérance civile, qui implique que l'Etat renonce à sanctionner les dissidences religieuses (E. LABROUSSE, verbo « Tolérance », in P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p.698).

³ Verbo « Tolérance », *Dictionnaire de la pensée de Voltaire par lui-même*, Paris, Editions Complexe, 1995, p. 1219 : « Nous sommes tous pétris de faiblesses et d'erreurs : pardonnons-nous réciproquement nos sottises, c'est la première loi de la nature ».

⁴ Sur Ripert de Monclar, voir H. STAHL, « Le Mémoire au sujet des mariages clandestins des Protestans de France : la proposition d'une solution juridique aux inspirations protéiformes », *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, Genève, Stämpfli Verlag, n°XIV, 2016, pp. 47-89.

⁵ Procureur général au Parlement de Paris, Joly de Fleury est l'auteur en 1752 d'un mémoire favorable aux protestants (P. GROSCLAUDE, « Comment Malesherbes élabore sa doctrine sur le problème des protestants », dans *Bulletin de la Société d'Histoire du Protestantisme Français*, volume 103, Genève, Droz, 1957, p. 151).

⁶ L. ANQUEZ, *De l'état civil des réformés de France*, Paris, Grassart, 1868, pp. 147-148.

⁷ Maultrot, parlementaire parisien et proche des milieux jansénistes, est l'auteur en 1758 avec l'abbé et historien Jacques Tailhé des *Questions sur la tolérance : où l'on*

demandent la réhabilitation civile des protestants, et leurs ouvrages annoncent l'édit de tolérance de 1787. La communauté réformée n'est pas en reste pour militer pour la tolérance, depuis le Refuge ou de l'intérieur du royaume. Les pasteurs du « Désert » prennent ainsi la plume pour réclamer la liberté de conscience et l'arrêt de la répression anti-protestante. Quoiqu'attentifs à l'esprit du siècle⁹, ils ne sont pas hommes de salon, de cour, d'étude ou de cabinet, mais de ceux qui bravent les persécutions et risquent leur liberté. Antoine Court, Pierre Durand, Jacques Roger ou Paul Rabaut, pour ne citer qu'eux, mènent ainsi le combat pour la liberté de conscience dans les dangers de la clandestinité et parfois à l'ombre du gibet ou de la roue.

La *Lettre d'un patriote sur la tolérance civile des protestants de France*¹⁰ est un ouvrage anonyme paru en 1756, dans une période de foisonnement des écrits destinés à plaider la cause protestante auprès du pouvoir royal¹¹. L'identité de l'auteur fait encore débat. L'oeuvre est parfois attribuée à Antoine Court¹², personnage central de l'Eglise du Désert. Né en 1695 sur les confins ardéchois des Cévennes et mort en 1760 à Lausanne, ce dernier est au cœur des drames engendrés par la révocation de l'édit de Nantes. Prédicant clandestin, puis consacré pasteur par un ancien camisard, Pierre Corteiz, Antoine Court est au sortir de la révolte cévenole l'un des restaurateurs du protestantisme français. Dénonçant le prophétisme, il organise aux Montèzes, près de Monoblet, en pays cévenol, le premier synode du Désert afin de rétablir la discipline des églises réformées. Hostile à la violence et adepte de la résistance passive, Court défend tout au long de sa vie la cause de la communauté protestante française et la liberté de conscience. A cette fin, il publie le

examine si les maximes de la persécution ne sont pas contraires au droit des gens, à la religion, à la morale, à l'intérêt des souverains & du clergé, Henry-Albert Gosse et compagnie, 1758, qui cite d'ailleurs *La lettre d'un patriote* à la page 66 de cette édition.

⁸ Auteur en 1770 d'une *Consultation sur la validité des mariages protestants*.

⁹ Voir J.D.WOODBRIDGE, « An Unnatural Alliance' for religion Toleration : The Philosophes and the Outlawed Pastors of the Church of the Desert », in *Church history*, Cambridge University Press, vol. 42, pp. 505-523.

¹⁰ *Lettre d'un patriote sur la tolérance civile des protestans de France – Et sur les avantages qui en résulteraient pour le Royaume*, 1756 (Source gallica.bnf.fr/Bibliothèque Nationale de France).

¹¹ C'est peut être le philosophe protestant La Beaumelle qui en 1748 inaugure cette période d'intense réflexion sur la tolérance avec son ouvrage *l'Asiatique tolérant*. Sur cet auteur voir la thèse de C. LAURIOL, *La Beaumelle, un protestant cévenol entre Montesquieu et Voltaire*, Genève, Droz, 1978.

¹² Le catalogue de la Bibliothèque nationale et le site Gallica attribue à Antoine Court la paternité de l'oeuvre. J.POUJOL également (« Aux sources de l'édit de 1787 : une étude bibliographique », *BSHPF*, CXXXIII, 1987, p. 364).

Patriote Français et Impartial, en 1752¹³. Dans son *Histoire des troubles des Cévennes*, paru l'année de sa mort, il s'affirme comme l'un des premiers historiens réformés de la guerre des camisards¹⁴.

Antoine Court avait donc publié en 1752 ce livre intitulé *Le patriote français et impartial* en réponse à la lettre de l'évêque d'Agen au contrôleur général Machault d'Arnouville, promouvant une attitude d'intolérance à l'encontre des réformés. Il est vrai que la *Lettre d'un patriote*, diffusée quatre ans plus tard, présente quelques similitudes avec l'ouvrage précédent. Outre le mot patriote qui ne laisse d'interroger, certaines parties semblent très proches¹⁵. Mais quelles raisons auraient pu pousser Antoine Court à réitérer quatre ans plus tard sa défense de la communauté protestante dans un ouvrage assez similaire quoique beaucoup plus réduit ? Hubert Bost nous livre quelques indices à ce sujet. Court aurait été furieux du pillage et de la déformation de ses idées par un stipendié de Machault, le Chevalier de Beaumont¹⁶, dans un opuscule publié également en 1752, *L'accord parfait de la nature, de la raison, de la révélation et de la politique*, demandant pour les protestants un état civil mais non la liberté de culte. Le *Mémoire théologique et politique au sujet des mariages clandestins des protestants de France*, paru en 1755 et attribué au parlementaire provençal Ripert de Monclar, et qui se cantonne à la question civile, aurait pu également jouer le rôle de *stimulus* déclencheur¹⁷. Si l'on en croit Hubert Bost, ces écrits ne constituent aux yeux des tenants de l'église du Désert qu'un pas inachevé. En effet, ces derniers entendent bien ne pas dissocier état civil et liberté de culte. Antoine Court a-t-il ressenti la nécessité de réaffirmer avec force les positions protestantes auprès des pouvoirs publics, d'autant plus que les rapports entretenus par ces derniers avec l'Eglise catholique ne sont pas au beau fixe durant cette période¹⁸. Toutefois,

¹³ Cet ouvrage a fait l'objet d'une thèse de Otto H. Selles, *Antoine Court et l'idée de tolérance au dix-huitième siècle : Le Patriote français et impartial*, thèse dactylographiée, Paris IV, 1994. Otto H. Selles est également à l'origine d'une édition critique du livre chez Honoré Champion en 2002.

¹⁴ Sur Antoine Court historien des camisards, voir H. BOST, « L'affleurement religieux dans l'historiographie camisarde d'Antoine Court », dans P. CABANEL et P. JOUTARD, *Les camisards et leur mémoire : 1702-2002*, Actes du colloque du Pont de Montvert, Montpellier, Les presses du Languedoc, 2002, pp. 127-139.

¹⁵ A. COURT, *Le patriote français et impartial*, édition O. SELLES, Paris, Honoré Champion, 2002, p. CXXXVIII.

¹⁶ H. BOST, « De la secte à l'église. La quête de légitimité dans le protestantisme méridional au XVIIIe siècle », dans *Rives méditerranéennes*, n°10, 2002, pp. 53-68.

¹⁷ L'auteur de la *Lettre* a pris connaissance de cet ouvrage (*Lettre d'un patriote ...*, *op.cit.*, p. 14) : « Je viens de voir le *Mémoire sur les mariages clandestins des Protestans* ».

¹⁸ Il semble bien au début des années 1750 que, sans aller jusqu'à vouloir établir une tolérance légale, le gouvernement royal, devant la faillite des politiques répressives, ait tenté d'obtenir de la part de l'Eglise catholique moins d'intransigeance envers les

pour Otto Selles, auteur d'une ré-édition critique du *Patriote français et impartial*, Court ne peut être l'auteur de la *Lettre d'un patriote*. Il met en avant des divergences de style et de format, et le fait que l'auteur de la *Lettre* fait l'éloge de l'ouvrage du chevalier de Beaumont¹⁹ que Court considérait comme un vulgaire plagiat de son *Patriote français et impartial*²⁰. De plus, dans ces écrits postérieurs, Court rappelle qu'il est bien l'auteur de cet ouvrage mais ne revendique pas la paternité de la *Lettre*²¹. Otto Selles propose une piste intéressante. Selon lui, l'ouvrage pourrait être de la main du pasteur genevois Paul Moulto, associé peut-être à Court de Gébelin, le propre fils d'Antoine Court²². Ce dernier était en effet bien placé pour connaître l'œuvre de son père, dont il a édité l'opus majeur, *l'Histoire des troubles des Cévennes*, en 1760. Cela pourrait expliquer la proximité de certains passages de la *Lettre d'un patriote* avec le *Patriote français et impartial*. Court de Gébelin était par ailleurs très au fait des débats sur la question de la tolérance civile comme en témoigne le mémoire qu'il a rédigé en 1763 à propos des affaires Calas et Sirven²³. On ne peut cependant qu'avancer des hypothèses sur la paternité de l'œuvre. Il semble par contre à peu près certain que celle-ci émane des milieux réformés, tant la facture du texte, et les arguments utilisés, sont caractéristiques de la littérature protestante de la période.

I. Conséquences de la révocation de l'édit de Nantes pour l'Etat et plaider en faveur d'une politique de tolérance civile.

La *Lettre* dresse tout d'abord un tableau de la situation qui résulte de la révocation de l'édit de Nantes en 1685. Bien entendu, si l'acte de Louis XIV frappe en premier lieu les religionnaires, et de manière dramatique, l'idée de l'auteur est surtout d'examiner et de mettre en lumière les conséquences que l'édit de Fontainebleau qui révoque celui de Nantes ont eu pour le royaume de France. En premier lieu, la révocation a entraîné un affaiblissement

protestants (P. GROSCLAUDE, « Comment Malesherbes élabore sa doctrine sur le problème des protestants », op.cit., pp.152-153).

¹⁹ « *Je pourrais, à la vérité, me dispenser de cette peine, en vous renvoyant à un excellent Ouvrage, qui a paru il y a bientôt trois ans, sous le titre d'Accord parfait de la nature, de la raison, de la révélation & de la politique dont l'auteur (...) prouve d'une manière invincible, que la raison, la Religion & la politique plaident également en faveur de la tolérance* » (*Lettre d'un patriote...*, op.cit., pp. 79-80).

²⁰ O.H.SELLES, op.cit., pp. CXXXIX et CXL.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ *Les Toulousaines ou lettres historiques et apologétiques en faveur de la religion réformée et de divers protestants condamnés dans ces derniers temps par le parlement de Toulouse*, 1763.

considérable de la France : « *Les forces de nos voisins ont été de beaucoup augmentées, nos manufactures sont tombées, & le commerce a souffert un tort irréparable* »²⁴. Selon l'auteur, la force d'un Etat se mesure aussi dans l'importance de sa population. Afin de prouver cette assertion et les méfaits de la politique louis-quatorzienne dans ce domaine, il se livre à une évaluation du nombre de protestants qui ont émigré. Contredisant au passage les chiffres donnés par Voltaire, il estime que deux millions de personnes ont quitté le royaume²⁵, gonflant à l'excès le nombre réel de protestants ayant quitté la France entre 1660 et le début du XVIIIème siècle²⁶. Si notre libelliste prend quelques libertés avec les données démographiques, ce qui importe est de focaliser l'attention du lecteur sur les problèmes qu'une émigration somme toute considérable pour l'époque a pu engendrer. Divers domaines ont donc été impactés, comme l'armée, la marine, les colonies, l'agriculture et les manufactures²⁷. L'auteur, qui pour l'occasion cite les œuvres de Boulainvilliers²⁸, déplore que ces pertes soient profitables aux puissances voisines de la France. En effet, « *ce qui mérite le plus l'attention du gouvernement, ce n'est pas seulement le nombre des réfugiés, mais ce sont surtout les avantages qu'ils ont porté chez l'étranger* »²⁹. L'Angleterre, les Pays-Bas, le Danemark, la Suède, les Etats protestants d'Allemagne et jusqu'à l'Espagne³⁰ ont ainsi profité de l'afflux de réfugiés et ont vu s'établir sur leur sol « *des manufactures de toute espèce* »³¹. Ainsi, aux yeux de l'auteur la seule cause de l'affaiblissement de la France, du renforcement des puissances étrangères

²⁴ *Lettre d'un patriote...*, op. cit., p. 10.

²⁵ « M. de Voltaire ne fait monter le nombre de ces réfugiés qu'à 800 000 » (Ibid, p. 12). Ripert de Monclar exagère lui-aussi le nombre de personnes sorties du royaume en avançant le chiffre de 1 500 000 émigrés (H. STAHL, « Le mémoire au sujet des mariages protestants... », op.cit., p. 75).

²⁶ J.P. POUSSOU estime lui que dans ce laps de temps, près de 200 000 personnes ont quitté le pays (verbo « Révocation de l'édit de Nantes », dans L. BELY (dir.) *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1996, p. 1094).

²⁷ *Lettre d'un patriote...*, op.cit., pp. 12-13. Sur la question de la marine, l'auteur se prend à regretter que l'émigration des réformés ne permet plus à la France de « dompter le fier orgueil des prétendus maîtres de la mer », allusion à l'Angleterre et peut-être même aux Pays-Bas, dont les flottes se sont trouvées renforcées par l'afflux de marins huguenots. Ainsi, « l'intolérance nous engagera-t'elle à fournir des armes à nos rivaux, tandis que nous pourrions nous en servir utilement pour les combattre » (Ibid, p. 29).

²⁸ Ibid, P 20. Les pages suivantes sont pleines d'exemples tirés des mémoires des intendants contenus dans l'œuvre de Boulainvilliers, *l'Estat de la France*.

²⁹ Ibid, p. 16.

³⁰ « L'Espagne, dont un tribunal de sang sévissait autrefois arbitrairement contre tout ce qui n'était pas catholique ; l'Espagne devenue plus sage aujourd'hui, attire les Protestans François, l'Inquisition les tolère, le gouvernement les favorise » (Ibid, pp. 19-20).

³¹ Ibid, p. 17.

et du déclin de l'économie française, est la persécution dont sont victimes les protestants.

Afin de remédier à cette situation, qui touche de plein fouet les religionnaires certes, mais qui selon lui altère également la puissance et la grandeur de l'Etat en France, l'auteur fait la promotion de la tolérance civile³² en se posant en « patriote », sans pour autant préciser ce terme. Dans l'introduction du *Patriote français et impartial*, Antoine Court avait insisté sur le fait qu'il était français et qu'il aimait sa patrie, ajoutant « *Personne ne lui fut plus attaché que je le fus toute ma vie* »³³. Certainement l'auteur de la *Lettre* s'inscrit-il dans les conceptions du patriotisme monarchique en vigueur à l'époque, reposant sur le loyalisme envers le monarque, considéré comme le père de ses peuples³⁴, mais peut-être utilise-t-il également le mot au sens voltairien qui est plus subversif ?³⁵. Toujours est-il que, selon lui, « *en rendant aux Protestants une partie de leurs anciens privilèges, le Ministère, non seulement remédieroit à tous les maux que la révocation de l'édit de Nantes a occasionnés, mais il procureroit encore par là au Royaume les avantages les plus considé-*

³² Comme l'avait fait Antoine Court dans le *Patriote français et impartial*, l'auteur de la *Lettre d'un patriote* place la question de la tolérance dans un cadre politique d'où une allusion exclusive à la tolérance civile.

³³ Antoine Court, *Le patriote français et impartial ou réponse à la lettre de Mr. L'Evêque d'Agen à Mr. Le contrôleur général contre la tolérance des Huguenots*, Antoine Chapius, 1751, p. 1.

³⁴ Si le terme de patrie connaît une grande fortune à partir de la Révolution française, il est tout de même utilisé sous l'Ancien Régime. Avec le triomphe de l'absolutisme, il a toutefois le sens restreint de pays placé sous l'autorité du père commun qu'est le roi. Au XVIIIème siècle, les philosophes l'utilisent au sens de pays des ancêtres (J.C.CARON, *La nation, l'Etat et la démocratie en France de 1789 à 1914*, Paris, Armand Colin, 1995, p. 26).

³⁵ Voltaire établit quant à lui un antagonisme entre patrie et despotisme: « *Quand ceux qui possèdent, comme moi, des champs et des maisons, s'assemblent pour leurs intérêts communs, j'ai ma voix dans cette assemblée : je suis une partie du tout, une partie de la communauté, une partie de la souveraineté : voilà ma patrie (...) On a une patrie sous un bon roi ; on n'en a point sous un méchant* » (verbo « Patrie », *Dictionnaire de la pensée de Voltaire par lui-même, op.cit., p. 974*). C'est également l'opinion défendue dans l'Encyclopédie de Diderot par le chevalier de Jaucourt auteur du verbo « Patrie » : « *je n'ai pas besoin de prouver qu'il ne peut point y avoir de patrie dans les états qui sont asservis. Ainsi ceux qui vivent sous le despotisme oriental, où l'on ne connaît d'autre loi que la volonté du souverain, d'autres maximes que l'adoration de ses caprices, d'autres principes de gouvernement que la terreur, où aucune fortune, aucune tête n'est en sûreté ; ceux-là, n'ont point de patrie, et n'en connaissent pas même le mot, qui est la véritable expression du bonheur* ». Propos qui rappellent ceux de l'Abbé Coyer dans sa *Dissertation sur le vieux mot de Patrie* de 1755 (voir G.L.FINK, verbo « Patriotisme », dans M. DELON (dir.), *Dictionnaire européen des Lumières*, Paris, PUF, 1997, p. 829).

rables & les plus solides »³⁶. Il faut noter que la *Lettre d'un patriote* évoque le « ministère », c'est-à-dire le gouvernement, que l'on prend bien soin de distinguer du roi. On retrouve ici une antienne de la polémique réformée depuis le XVIème siècle, dans laquelle le monarque est rarement mis en cause, sa politique anti-protestante étant l'œuvre de la désinformation dont se rendent coupables à son égard les mauvais conseillers, les représentants de l'église romaine ou les tenants du parti catholique³⁷. Cette tradition, qui exonère le monarque français des responsabilités de la politique répressive menée à l'encontre des réformés, est habilement reprise et exploitée par notre auteur, qui se paie même le luxe d'honorer « la grandeur d'âme, la douceur et l'humanité » de Louis XIV³⁸. Quant à Louis XV, auquel s'adresse finalement la supplique de l'auteur, c'est un « véritable père du peuple »³⁹, dont on connaît « l'amour pour le bien public » et « la tendresse du cœur »⁴⁰.

La *Lettre* contient un plaidoyer vibrant pour la tolérance civile, qui selon lui s'accorde avec les Ecritures saintes, fait coïncider les devoirs de l'humanité et ceux du christianisme, et est défendue par les esprits éclairés du siècle⁴¹, concluant : « *On ne saurait faire un crime à quelqu'un, de ce qu'en matière de religion, il ne pense pas comme nous* »⁴².

Selon l'auteur, la tolérance civile consiste à permettre aux protestants « *d'avouer publiquement la religion qu'ils professent dans le cœur* »⁴³, elle repose donc sur la liberté de conscience et de culte. Elle implique également la reconnaissance aux protestants français d'un état civil⁴⁴. Sur ce dernier point, le texte relaie les différents écrits de la période favorables à une reconnaissance des mariages réformés. Toutefois, même s'il évoque bien la condition des enfants issus de ces mariages et les conséquences successorales de

³⁶ *Lettre d'un patriote...*, op.cit. < p. 24.

³⁷ Au sujet des idées politiques du parti huguenot au XVIème siècle et de ses prétentions loyalistes avant la Saint-Barthélémy, voir E. GASPARIANI, « « Remettre sus l'ancien et légitime gouvernement du royaume » - Réflexions sur l'idéologie nobiliaire protestante au début des guerres de religion au XVIème siècle », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Ganzin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2016, pp. 67-77.

³⁸ « *On persuada ce Monarque, qu'après avoir vaincu l'Europe réunie contre lui, il lui restoit encore la matière d'un bien plus beau triomphe, & que pour mettre le comble à sa gloire, il falloit extirper l'hérésie de ses Etats* » (*Lettre d'un patriote...*, op.cit., p. 8).

³⁹ Ibid, p. 4.

⁴⁰ Ibid, p. 6.

⁴¹ « *Il me suffit d'avoir les Fleury & les Fenelon pour garans de cette vérité* » (Ibid, p. 5).

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid, P. 26.

⁴⁴ Ibid : « *Qu'on leur prescrive une manière de se marier qui ne blesse point leur conscience* ».

ces unions non reconnues⁴⁵, dans la mesure où l'auteur n'est vraisemblablement pas juriste, ses développements sur la question restent très fragmentaires. L'auteur déplore de fait que les protestants qui préfèrent se marier clandestinement s'exposent à la rigueur des lois pénales, ainsi qu'au risque de voir les enfants nés de ces mariages prohibés être déclarés « *illégitimes & incapables de succéder* »⁴⁶. Le plaidoyer dépasse néanmoins de beaucoup les considérations des juristes éclairés de l'époque en abordant le problème, crucial aux yeux des réformés, de la liberté de conscience. L'idée audacieuse distillée par l'ouvrage est d'obtenir du monarque un retour à la situation antérieure à la révocation. Avec prudence, l'auteur demande en faveur des réformés le rétablissement d'une partie seulement de leurs anciens privilèges. Il n'est nullement question de réclamer la restauration de l'édit de Nantes. Et encore, ce rétablissement doit être laissé à « *la prudente sagesse du Monarque* ». En effet, c'est au roi qu'il revient de décider « *sur les bornes de la liberté de conscience dont on pourrait les faire jouir* »⁴⁷.

II. Le loyalisme des protestants

L'ouvrage s'attache à lever deux objections qui pourraient contrarier une politique de tolérance envers les réformés. La première est l'idée que deux religions ne peuvent coexister dans un Etat monarchique. L'auteur entend lever l'hypothèque que fait peser sur la tolérance civile la mise en application du vieil adage « *Cujus Regio, Ejus Religio* ». Les protestants doivent-ils être exclus parce qu'ils n'ont pas « *l'avantage de professer la religion de leur Prince ?* »⁴⁸. Faire coexister deux religions dans un Etat monarchique, comme

⁴⁵ Ibid : « *Qu'on les délivre de la frayeur continuelle de voir leurs enfants enlevé, leurs biens confisqués* ». Plus loin, « *Qu'on leur accorde les droits sacrés de pères & de mères* » (Ibid, p. 28).

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ *Lettre d'un patriote...*, op.cit., pp. 25-26. Les auteurs protestants n'ont pas toujours montré cette prudence. Ainsi, dans son *Traité sur les assemblées*, qu'il utilise dans son séminaire de Lausanne à la même époque, Antoine Court condamne les textes royaux interdisant le culte réformé en se fondant sur le *Commentaire Philosophique* de Pierre Bayle : « *C'est la conscience, qui par rapport à chaque homme, est, comme le dit un celebre philosophe, la voix et la loi de Dieu, connue et acceptée pour telle par celui qui a cette conscience, de sorte que violer cette conscience, c'est essentiellement croire que l'on viole la loi de Dieu [...] les magistrats ne tiennent ni de Dieu ni des hommes le droit de forcer la religion des peuples ou de les empêcher de servir Dieu à leur maniere, et [...] il est manifeste que toutes les loix qu'ils font à cet egard sont nules de droit et des pures usurpations* » (cité par H. BOST, *Le lumignon huguenot au siècle des Lumières*), dans *Etudes théologiques et religieuses*, tome 85, 2010, p. 179).

⁴⁸ *Lettre d'un patriote...*, op.cit., p. 49.

l'avait fait l'édit de Nantes, est-ce y entretenir un vice ?⁴⁹. L'auteur répond par la négative en prenant pour exemple certains pays européens qui pratiquent une politique de tolérance. Ainsi, la Prusse, dont le gouvernement est parmi les plus absolus, et dans laquelle les catholiques, les luthériens et les calvinistes, jouissent d'une liberté de conscience complète⁵⁰. La seconde objection que l'auteur entend combattre est que la religion catholique est « *plus propre pour un Etat monarchique que la protestante* »⁵¹. Il souhaite ici réfuter l'idée que le protestantisme entretient l'esprit républicain⁵². Et sur ce plan, il se lance dans une longue diatribe contre Montesquieu. En effet, ce dernier a, dans le Livre XXIV de *l'Esprit des Loix*, associé protestantisme et esprit d'indépendance et de liberté. Appliquant sa théorie des climats, il a mis en exergue le fait que les peuples du nord ont adopté la religion réformée alors que ceux du Midi ont conservé le catholicisme. Et l'auteur de la *Lettre* s'élève contre l'assertion du Baron de la Brède selon laquelle l'établissement de la religion protestante dans les pays où elle a triomphé y aurait suscité une révolution politique⁵³. A l'aide d'une rhétorique brouillonne et maladroite, et qui ne se hausse pas à la hauteur des réflexions du parlementaire bordelais qui développe lui une approche politique de la religion⁵⁴, il entend prouver que le protestantisme n'a rien qui soit contraire au gouvernement monarchique⁵⁵. Et de citer en appui les exemples de l'Angleterre et de la Suède⁵⁶. Aux yeux de notre auteur, rien dans la doctrine protestante n'altère le devoir d'obéissance dû au souverain. C'est également ce que rappellera le pasteur Paul Rabaut en 1757, suite à l'attentat de Damiens : « *En matière de fidélité pour le Souverain, nous le disputerons toujours aux plus zélés de nos compatriotes : nous*

⁴⁹ Ibid, p. 50.

⁵⁰ Ibid, p. 62.

⁵¹ Ibid, p. 68.

⁵² Ibid, p. 64 : « Mais, me dira t'on, les Protestants ne méritent pas la grace qu'ils demandent. Inquiets et turbulens, ils suivent les principes d'une Religion qui entretient parmi eux cet esprit Républicain qu'ils ont manifesté tant de fois ».

⁵³ « Dans les pays même où la religion protestante s'établit, les révolutions se firent sur le plan de l'Etat politique » (Montesquieu, *l'Esprit des Loix*, Livre XXIV, chapitre 5). L'auteur de la *Lettre* reprend tel quel le passage (*Lettre d'un patriote...*, op. cit., p. 66).

⁵⁴ Sur la place de la religion dans l'œuvre de Montesquieu, voir C. DUFLOS, « Montesquieu, un science politique des religions », *Etudes Théologiques et Religieuses*, tome 80, 2005 ; et J. GOLDZINK, « Montesquieu est-il un philosophe libéral ? », *Raisons Politiques*, n°24, 2006.

⁵⁵ *Lettre d'un patriote...*, p. 72.

⁵⁶ Ibid, p. 70. L'auteur admet toutefois que dans ces deux Etats, la puissance du roi y est modérée par l'existence d'un parlement ou d'une diète, et que le monarque n'y est que le chef de la nation et non pas son maître.

sommes aussi bon français qu'ils peuvent l'être »⁵⁷. L'auteur de la *Lettre* utilise d'ailleurs les préceptes de Calvin qui dans l'*Institution de la religion chrétienne* engage les fidèles à se soumettre à l'empire des princes « qui remplissent leur charge avec fidélité et probité »⁵⁸. Force est de constater l'ambivalence et les limites de l'argument utilisé par l'auteur de la *Lettre*. En effet, si Calvin prône l'obéissance, c'est parce que le pouvoir politique est d'inspiration divine et que l'ordre des prééminences est un ordre divin⁵⁹. Toutefois, et avec beaucoup de prudence, le réformateur a également envisagé la possibilité de la désobéissance légitime, notamment lorsque le pouvoir détourne les sujets de la loi divine⁶⁰. Cet infléchissement permet ainsi aux monarchomaques calvinistes du XVI^e siècle de mettre en exergue un droit de résistance au bénéfice des sujets d'un monarque impie ou tyrannique⁶¹. Bien entendu, le choix de l'auteur de la *Lettre* est de n'insister que sur la théorie calvinienne de l'obéissance afin de mieux réfuter les accusations de sédition entretenues contre les protestants. C'est également à cette fin qu'il évoque la révolte des Camisards en la condamnant. Le souvenir de la guerre des Cévennes, dont l'histoire se développe au XVIII^e siècle, est alors entretenu par les thuriféraires catholiques afin de stigmatiser l'esprit séditieux qui selon eux anime la communauté réformée. Selon notre auteur, il serait injuste de faire retomber sur l'ensemble de la communauté protestante les « *démarches inconsidérées de quelques fanatiques* »⁶². La *Lettre d'un patriote* est ici en communion de pensée avec la majeure partie des imprimés issus de la notabilité réformée ou du milieu pastoral qui, au cours du XVIII^e siècle, condamnent la révolte cévenole assimilée à une rébellion alimentée par le fanatisme contre l'autorité royale⁶³. Notre auteur reconnaît pourtant que les

⁵⁷ P. RABAUT, *Lettre adressée aux Protestans du Languedoc, à l'occasion de l'attentat commis sur la personne sacrée du Roi*, 1757, p. 7.

⁵⁸ *Lettre d'un patriote...*, op.cit., p.73.

⁵⁹ « Qu'est-ce qu'un pouvoir légitime pour Calvin ? », *Rives méditerranéennes*, 19 | 2004, p.41-73 ; URL : <http://rives.revues.org/169> ; DOI : 10.4000/rives.169, alinéa 15.

⁶⁰ Ibid, alinéa 50.

⁶¹ Sur cette question, voir J.F.SPITZ, verbo « Droit de résistance », in P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p.149.

⁶² *La Lettre d'un patriote...*, op.cit., p. 95.

⁶³ Tel l'*Accord parfait*, évoqué plus haut : « *Quelle monstrueuse injustice d'ailleurs de rendre tous les protestants du royaume responsables des actions d'une troupe de paysans* » (cité par C.LAURIOL, « La Baumelle et les camisards » in P. CABANEL et P. JOUTARD, *Les camisards et leur mémoire : 1702-2002*, Actes du colloque du Pont de Montvert, Montpellier, Les presses du Languedoc, 2002, p. 148). C'est également l'opinion présentée par Antoine Court dans le *Patriote français et impartial* qui parle ainsi des camisards : « *Il est encore plus incontestable que leur conduite fut généralement désavouée par tous les huguenots du royaume et que ceux du Languedoc même et des Cévennes qui ne s'étaient pas laissés gâter au fanatisme...* » (*Le Patriote français et impartial*, édition O. SELLES, Paris, Champion, 2002, p. 112).

causes de la révolte résident dans les « *persécutions sanglantes qu'on a fait éprouver à ces pauvres Montagnards* »⁶⁴. Ce jugement systolique sur la révolte des Cévennes, entre condamnation et compréhension, sera finalement celui d'Antoine Court dans son *Histoire des Troubles des Cévennes* parue après sa mort en 1760⁶⁵. L'auteur de la *Lettre* insiste enfin sur l'intérêt que trouverait la monarchie française à la tolérance civile car l'existence autorisée d'une église réformée serait la meilleure garantie du loyalisme des protestants et le meilleur rempart contre le retour des convulsions camisardes. En effet, l'auteur met en relief le rôle d'encadrement joué par les pasteurs du Désert sur la communauté réformée, depuis la restauration de la discipline ecclésiastique par Antoine Court et ses amis. De fait, les ministres n'ont cessé d'exhorter les fidèles « *à la soumission & à la fidélité* »⁶⁶. Les pasteurs du désert ne sont-ils pas ces conducteurs prudents et sages qui peuvent empêcher la population protestante de tomber « *dans des égarements funestes* » ?⁶⁷ Ce qui est une manière habile de promouvoir auprès des autorités royales la restauration de la liberté de culte.

L'auteur de la *Lettre* se fait enfin historien pour réfuter les accusations de sédition. Il rappelle en effet différents épisodes qui ont jalonné l'histoire de la Réforme française. Il évoque le « *tumulte d'Amboise* » de 1560 pour rappeler que la conjuration avait des motifs autres que ceux de la religion. « *On étoit bien éloigné d'en vouloir à la personne du Roi. Il n'étoit question que de se délivrer du joug insupportable de la maison de Guise, qui s'étoit emparé des rênes du gouvernement* »⁶⁸. A l'occasion de la prise d'armes de Louis de Condé en 1562 qui inaugure le cycle des guerres civiles de la seconde moitié du XVIème siècle, n'était-ce pas plutôt aux protestants « *qu'il falloit donner*

⁶⁴ *La Lettre d'un patriote...*, op.cit., p. 95. L'auteur ajoute : « Le fanatisme a-t-il jamais manqué de s'emparer des esprits, aussitôt que les persécutions ont arboré leur étendard dans un endroit ? » (ibid, p. 96). Le souvenir de la guerre des Camisards crée dès les débuts du XVIIIème siècle une dichotomie au sein du protestantisme français. La révolte est quasi unanimement condamnée par les élites réformées et revendiquée par les milieux populaires, qui confondent dans la même admiration camisards, prédicants et pasteurs du Désert. Il faut attendre le milieu du XIXème siècle pour que cesse ce clivage. Comme l'écrit D. LIGOU, « *la légende dorée devient désormais majoritaire avec le double ralliement du monde des Lumières et de l'ensemble des protestants. C'est l'ère du panégyrique qui commence, puis, après 1883, le développement du culte du souvenir* » (compte-rendu de « P. Joutard, la légende des camisards : une sensibilité au passé », in *Revue Belge de philosophie et d'histoire*, volume 57, n°3, 1979, p. 730).

⁶⁵ H. BOST, « L'affleurement religieux dans l'historiographie camisarde d'Antoine Court », op.cit., p.128.

⁶⁶ *La Lettre d'un patriote, ...*, op.cit., p. 105.

⁶⁷ Ibid, p. 96.

⁶⁸ Ibid, pp. 81-82.

le nom de royalistes ? »⁶⁹. Et d'ajouter, « *Le duc de Guise, le Connétable de Montmorency, & le Maréchal de Saint-André, n'étoient-ils pas les vrais rebelles, & les seuls ennemis de l'Etat ?* »⁷⁰. De même, l'auteur assure que depuis la paix d'Alès de 1629 et jusqu'à la révocation de l'édit de Nantes, les réformés sont demeurés indéfectiblement attachés à leur souverain, malgré la diminution de leurs privilèges et les sollicitations « *de plusieurs puissances étrangères ennemies de la France* »⁷¹. Bien entendu, ce discours ressource les antennes de la pensée politique réformée telle qu'elle s'exprime depuis le XVIème siècle⁷², exception faite des traités monarchomaques publiés dans la décennie qui suit la Saint-Barthélémy⁷³, et qui sont plus nettement orientés contre un pouvoir royal ayant cédé à des dérives tyranniques.

*

* *

⁶⁹ Ibid, p. 86

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid, p. 92. En 1770, le juriste catholique Portalis reconnaît que « *jamais les protestants n'ont pris les armes en France que lorsqu'on les y a poursuivis* » (« Consultation sur la validité des mariages protestants », in *Consultations*, Tome VI, 1770, Bibliothèque de la Cour de Cassation, Paris, Ms 501, p. 4). L'avocat aixois accorde même à l'édit de Nantes la valeur d'un contrat « *inviolable qui ne pouvait plus être annulé que du commun consentement des deux parties, et depuis ce temps l'exercice de la religion protestante est (...) légitime en France* » (Ibid, pp. 4-5).

⁷² Les textes contenus dans les célèbres *Mémoires de Condé* par exemple mettent systématiquement en exergue le loyalisme des protestants présentés par la propagande réformée du temps comme les véritables défenseurs de la couronne. Voir E. GASPARINI, « L'Histoire au service de la protestation politique des réformés français avant la Saint-Barthélémy », in *L'Histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique*, AFHIP, Aix, PUAM, 2006.

⁷³ Ou de certains pamphlets parus après la Révocation comme *Les soupirs de la France esclave* attribué au pasteur Jurieu.

L'édit de Versailles de 1787 constitue à n'en pas douter un premier aboutissement des efforts entrepris par les partisans de la tolérance civile. Mais il ne règle que la question de l'état civil des non-catholiques⁷⁴. Il faut attendre la Révolution pour que soit consacrée la liberté de conscience. En effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des 20 et 26 août 1789 précise dans son article X : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* »⁷⁵. La religion est donc réduite par des constituants nourris par la philosophie de Lumières à une opinion, elle cesse d'être un des fondements de l'ordre politique et social⁷⁶. Si la formulation de l'article X évoque bien de manière implicite la liberté de culte⁷⁷, on connaît toutefois les atermoiements de la Constituante sur la question et les ambiguïtés qui en découlent⁷⁸,

⁷⁴ Une simple déclaration devant un juge royal, ou devant le curé de la paroisse agissant en qualité d'officier d'état civil, rend légal un mariage non religieux. Les naissances et les décès sont traités de la même manière. De lointains ancêtres cévenols de l'auteur de ces lignes, appartenant à sa famille maternelle, ont ainsi tardivement « régularisé » leur mariage clandestin : « *L'an mil sept cent quatre vingt neuf et le vingt quatrième jour du mois de janvier, ont comparu devant nous curé de cette paroisse, Pierre Hubac (...) et Marianne Agulhon (...) lesquelles parties nous ont déclaré qu'elles avaient contracté une union conjugale du consentement de leurs pères et mères respectifs par acte du seize avril mil sept cent cinquante neuf reçu par Maître Meinadier notaire* » (AD Lozère, EDT 069 GG1- Baptêmes, mariages, sépultures (1764-1792 – paroisse de Gatuzières). Le 23 septembre 1779, ils avaient fait baptiser au Désert un de leurs fils, Joseph, par le pasteur Pierre François Samuel (AD Lozère, EDT 096 GG6 – Baptêmes, mariages, sépultures (1768-1792 – paroisse de Meyrueis).

⁷⁵ C'est la mobilisation des représentants du clergé qui parvient le 23 août 1789, à l'occasion de la discussion du texte de la Déclaration, « *à arracher cette formulation restrictive* » (M. GAUCHET, verbo « Droits de l'Homme », in F. FURET et M. OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 693).

⁷⁶ L.SCUBLA, « Les dimensions religieuses de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », *Ateliers d'anthropologie*, n° 27, novembre 2004), p.91. Voir également F. QUASTANA, « Un tombeau qui se cache sous la forme d'un autel... ». Ordre public et liberté religieuse chez Dumont et Jérémy Bentham : de la critique de l'article X de la Déclaration de 1789 à celle de « la religion des droits de l'homme », in *Pensée politique et religion*, Actes du XXVème colloque de l'AFHIP, Aix, PUAM, 2017, pp. 234-259.

⁷⁷ A noter que le titre 1^{er} de la constitution du 3 septembre 1791 précise que « La Constitution garantit, comme droits naturels et civils (...) la liberté à tout homme (...) d'exercer le culte religieux auquel il est attaché ».

⁷⁸ En effet, on ne peut que s'interroger comme nous y invite L. SCUBLA à propos de la Déclaration de 1789: « *Instaure-t-elle pour autant un nouvel ordre politique exempt de toute dimension religieuse ? Ou ne réalise-t-elle pas plutôt une nouvelle articulation du politique et du religieux ?* » (« Les dimensions religieuses de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », op.cit., p. 92).

l'exercice d'un culte pouvant être notamment restreint par la loi⁷⁹. N'est-ce pas ce qui motive d'ailleurs les mots du pasteur Rabaut Saint-Etienne lors des débats de 1789 à l'encontre d'une assemblée révolutionnaire qui lui semble rester au milieu du gué : « *Vos principes sont que la liberté de la pensée et des opinions est un droit inaliénable et imprescriptible. Cette liberté, messieurs, elle est la plus sacrée de toutes, elle échappe à l'empire des hommes, elle se réfugie au fond de la conscience comme dans un sanctuaire inviolable où nul mortel n'a le droit de pénétrer, elle est la seule que les hommes n'aient pas soumise aux lois de l'association commune* »⁸⁰. C'est finalement l'idée de liberté qui l'emporte sur celle de tolérance qui ne pouvait être somme toute qu'un « pis aller »⁸¹. Toutefois, le combat mené tout au long du XVIIIème siècle en faveur de la tolérance civile a bien été le prélude à la consécration de la liberté de conscience, et sans doute l'une des étapes de la marche vers la laïcité de l'Etat. En effet la loi de séparation des Eglises et de l'Etat conclut en 1905 le vieux débat politique sur la religion, dont témoignait en son temps la *Lettre d'un patriote*, en permettant à chacun de croire ou de ne pas croire.

⁷⁹ F. QUASTANA, op.cit., pp. 245-246.

⁸⁰ Cité par A. DUPONT, *Rabaut Saint-Etienne : un protestant défenseur de la liberté religieuse*, Paris, Labor et Fides, 1989, p.151. Rabaut Saint-Etienne poursuit : « *La contraindre est injuste, l'attaquer est un sacrilège. Je réclame pour deux millions de citoyens utiles leurs droits de Français. Ce n'est pas la tolérance qu'ils demandent : c'est la La liberté. La tolérance ! le support ! le pardon ! la clémence ! Idées souverainement injustes envers les dissidents, tant il est vrai que la différence de religion, que la différence d'opinion n'est pas un crime. La tolérance ! je demande qu'il soit proscrit à son tour, et il le sera, ce mot injuste qui ne nous présente que comme des citoyens dignes de pitié, comme des coupables auxquels on pardonne !...* » (Ibid).

⁸¹ A. BILLECOQ, « Spinoza et l'idée de tolérance », *Philosophique*, 1/1998, p.140.

Le détournement d'une institution sous la République helvétique: l'exemple de la Chambre administrative du Canton du Léman

L'expansion de la France au cours de la période révolutionnaire n'a pas seulement été diplomatique ou militaire, mais également institutionnelle. Le présent article a pour but d'illustrer un aspect singulier de ce phénomène : l'exportation d'un modèle uniforme d'administration locale destinée à exploiter les territoires conquis au profit de la machine révolutionnaire.

Les origines du modèle français

L'Assemblée nationale établit en 1789 deux autorités départementales remplaçant à la fois les intendants royaux et les assemblées provinciales: le conseil et le Directoire de département. Le premier compte 36 membres chargés de fixer une fois par an les règles administratives et le budget de la circonscription. Le second, nommé au sein même du conseil, est composé de huit membres s'occupant des affaires courantes et rendant un rapport d'activité annuel au conseil de département¹. En raison d'accusations de mauvaise gestion et d'application négligente de la législation², ces autorités sont réformées par la Constitution de l'An III (1795), modèle de la Constitution helvétique de 1798. Désormais, chaque département est dirigé par un comité de cinq membres ainsi qu'un commissaire nommé par le gouvernement (art. 174 et 191). En 1800, les administrations seront remplacées par les préfets³.

Malgré ces bouleversements, les compétences des administrations demeurent constantes : exécution et diffusion de la législation, assistance publique, perception des impôts, surveillance des districts et des communes, gestion des biens nationaux⁴, prise en charge du contentieux administratif⁵, maintien de

* Titulaire d'une maîtrise en droit et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

¹ Aline Bouchard, *Entre textes parisiens et réalités locales : l'administration départementale du Jura 1790-1793*, Université de Paris I, Faculté d'histoire, thèse, 2011, pp. 82-83.

² Auguste Théodore de Girardot, *Des administrations départementales électives et collectives*, Paris, Guillaumin Libraire-éditeur, 1857, pp. 204-206.

³ Bouchard, *Entre textes parisiens*, pp. 401-402.

⁴ Ibid., p. 84 et 370.

⁵ Ibid., p. 96.

l'ordre public, politique sanitaire⁶, application des textes sur le clergé⁷, travaux publics, affaires militaires⁸, organisation des élections au sein du département⁹, enseignement¹⁰. On attend de celles-ci qu'elles soient un élément de stabilité¹¹ et de prospérité, offrant leurs services à l'ensemble de la population¹².

La diffusion du modèle français

A partir de 1792, la France, abandonnant sa politique de non-expansion¹³, entreprend une série de guerres de conquête destinées à la fois à s'assurer le contrôle de ses frontières naturelles¹⁴ et à apporter la liberté aux peuples opprimés¹⁵. Dans tous les pays conquis, des organismes administratifs rationnels sont mis en place dès que possible pour pourvoir aux besoins des troupes, accompagnés d'une nouvelle division du territoire¹⁶. Ce sont tout d'abord des structures rudimentaires, comme « l'administration centrale des pays d'entre Meuse et Rhin », mise en place à la fin de 1794 dans les territoires rhénans¹⁷. Une fois le Rhin franchi à l'été 1796, le Directoire instaure une nouvelle administration dans les pays conquis de la rive droite du fleuve¹⁸. Au même moment, des agences militaires sont mises en place en Lombardie et dans le Piémont¹⁹.

Les compétences de tous ces organismes sont à peu de chose près les mêmes : perception des contributions de guerre et des impôts, gestion des fournitures militaires, administration des domaines nationaux. Seuls leur

⁶ Ibid., p. 288.

⁷ Ibid., p. 289 et 317-319.

⁸ Ibid., p. 303.

⁹ Ibid., pp. 314-315.

¹⁰ Ibid., p. 1021.

¹¹ Ibid., p. 56.

¹² Ibid., p. 55.

¹³ Jean-Louis Harouel, *Les Républiques sœurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 11.

¹⁴ Ibid., pp. 11-12.

¹⁵ Oliver Hemmerle, *From « Schwesterrepublik to « Revolverrepublik ». French Embrace and German Acceptance/Repulse* dans Beatrix Jacobs et al. (dir.), *In the embrace of France, The Law of Nations and Constitutional Law in the French Satellite States of the Revolutionary and Napoleonic Age (1789-1815)*, Tübingen, Nomos, 2006, p. 70.

¹⁶ Jacques Godechot, *La Grande Nation*, Paris, Aubier Montaigne, 1983, p. 378.

¹⁷ Jacques Godechot, *Les commissaires aux armées sous le Directoire*, Paris, Fustier, 1937, pp. 108-109, 115 et 120-121.

¹⁸ Ibid., pp. 351-352.

¹⁹ Ibid., pp. 371 ss.

structure interne, leurs moyens plus limités et le caractère militaire prépondérant de leurs activités les distinguent des Administrations départementales françaises. Quelle que soit la forme, il s'agit d'administrer le pays suivant le mode français, en familiarisant les habitants avec les usages et les formes de gouvernement de ce pays²⁰. Dans une seconde phase de stabilisation de la conquête, la France a recours soit à l'annexion d'un territoire, soit à sa transformation en République sœur. Les territoires annexés sont dotés d'administrations départementales proprement françaises (à l'exception des départements éloignés de la métropole)²¹, alors que les Républiques sœurs se dotent d'organismes similaires via leurs Constitutions, calquées sur celle de l'An III.

La Chambre administrative helvétique est issue de ce phénomène. D'après la Constitution helvétique de 1798 (art. 101), cette commission de cinq membres, « [...] est chargée de l'exécution immédiate des lois relatives aux finances, au commerce, aux arts, aux métiers, à l'agriculture, aux subsistances, à l'entretien des villes et des chemins publics. » En revanche, plusieurs matières relevant de l'Administration départementale en France sont attribuées par ce texte au Préfet national, dont chaque Canton est également doté : transmission des lois et ordres du Directoire, convocation des assemblées primaires et des corps électoraux, présidence des fêtes civiques, maintien de l'ordre public²². Les Chambres sont des autorités subordonnées, dont la marge de manœuvre se borne aux limites fixées par le législateur et le Directoire helvétique, sous la surveillance particulière des Ministres²³. En dehors des attributions financières²⁴, il est difficile de déterminer ces limites. L'article constitutionnel régissant l'activité des Chambres est formulé de façon générale, et la législation concernant cette activité est lacunaire. Celle-ci répond fort souvent de façon impulsive aux besoins du moment²⁵. Les Chambres doivent donc parfois les définir de façon autonome, par élimination²⁶.

²⁰ Ibid., p. 108.

²¹ Ibid., pp. 382-383.

²² Constitution helvétique de 1798, art. 96.

²³ Loi. Attributions des Ministres, 2 juillet 1798, *Recueil helvétique* (RH), t. 1, p. 188, Johannes Strickler, *Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik* (ASHR), t. 2, n° 80, p. 467.

²⁴ Voir à ce sujet Jean-Charles Biaudet, Marie-Claude Jéquier, *Correspondance de Frédéric-César de la Harpe sous la République Helvétique*, t. 2, Neuchâtel, La Bâconnière, 1985, lettre de Monod à Laharpe du 9 septembre 1798.

²⁵ Voir Paul Bernet, *Der Kanton Luzern zur Zeit der Helvetik*, Université de Lucerne, Faculté d'histoire, thèse, 1993, pp. 74-75.

²⁶ Bibliothèque cantonale universitaire vaudoise (BCU) IS 1980/Dh 9, Fonds de la famille Muret, lettre d'Henri Monod à Jules Muret du 24 août 1798.

La « pyramide continentale »

Les autorités administratives des Républiques sœurs forment une partie intégrante du projet français d'hégémonie continentale. L'existence de ces Etats ne peut pas et ne doit pas avoir lieu sans appui militaire français.²⁷ La France ne permet pas que des nations sœurs sortent de son orbite ; de façon paradoxale, l'indépendance de ces nations doit rester sous contrôle afin d'être compatible avec les intérêts français. L'équilibre des Républiques sœurs est donc particulièrement précaire : celles-ci doivent être suffisamment solides pour s'affirmer face à des nations ennemies, sans pour autant être en mesure de faire de l'ombre à la France²⁸. D'où l'organisation constante de coups d'Etats par la France, notamment dans les Républiques cisalpine et helvétique.

La Grande Nation, dont le système interne est construit de façon strictement pyramidale, surtout depuis la Constitution de l'An III, se situe elle-même au sommet d'une pyramide dont la base est formée par les Républiques sœurs. Comme celles-ci sont elles aussi organisées de façon pyramidale, la domination du Directoire devrait en principe s'exercer jusque dans leurs moindres recoins, par transmission d'ordres. Tous les échanges entre le sommet et la base de la pyramide sont subordonnés aux intérêts militaires et économiques de la France. Cette dernière n'acceptera d'ailleurs jamais un système républicain fédératif réunissant plusieurs nations sur un pied d'égalité. Ainsi, toutes les richesses intellectuelles²⁹ et matérielles des Républiques sœurs doivent affluer vers le sommet de la pyramide afin de soutenir la cause sacrée de l'expansion révolutionnaire. Les autorités administratives des Républiques sœurs se situent malgré elles à la base de la pyramide et du processus d'appropriation, comme nous le montre l'exemple de la Chambre administrative du Canton du Léman, active entre mars 1798 et mai 1803.

L'exploitation matérielle des Républiques sœurs

Les pratiques françaises d'exploitation matérielle se divisent en trois catégories : l'exploitation militaire directe, l'exploitation par traités léonins et

²⁷ Hemmerle, « *Schwesterrepublik* », p. 73.

²⁸ Marc Belissa, *Hégémonie ou Républicanisme cosmopolitique ? Le nouvel ordre européen sous le Directoire et le Consulat* dans Jacobs, *In the Embrace*, p. 119.

²⁹ Voir Susan Desan, *Foreigners, Cosmopolitanism, and French Revolutionary Universalism* dans Susan Desan et al., (dir.), *The French Revolution in Global Perspective*, Ithaca, Cornell University Press, 2013, pp. 87 et 92, Godechot, *La Grande Nation*, p. 424, Jacques Godechot, *Les variations de la politique française à l'égard des pays occupés 1792-1815* dans G. Jacquemyns (dir.), *Occupants-Occupés*, Bruxelles, Institut de Sociologie Solvay, 1968, p. 29.

l'exploitation administrative. Ces trois divisions correspondent dans une certaine mesure aux différentes phases d'une intervention militaire française. Dans un premier temps, le pays conquis est toujours considéré comme une terre ennemie. Par la suite, la stabilisation de la situation permet l'annexion de ce territoire ou la création d'une République sœur et l'exploitation de celle-ci par les biais des traités léonins et des administrations locales³⁰.

L'exploitation militaire directe concerne des comportements aussi différents que le pillage, la perception de contributions de guerre et les réquisitions légales ou non³¹. En ce qui concerne la perception de contributions de guerre, il s'agit d'une pratique officielle, d'un « pillage bien organisé », comme l'appelle l'historien Jacques Godechot³². Celle-ci consiste à exiger d'une ville ou de tout un Etat une somme considérable. Cet argent est destiné à l'achat de vivres et d'équipement pour l'armée ; en effet, les fonds manquent et l'assignat n'est jamais accepté par les populations locales³³. A partir de 1796, les prélèvements servent également à alimenter le trésor public français³⁴. Quant à la réquisition, légale ou non, elle est initialement abandonnée par les armées républicaines, mais renaît bien vite à l'automne 1792 face aux carences du système de fournitures en Belgique³⁵. Ce n'est que par l'annexion ou la transformation en République sœur qu'un territoire occupé par la France peut espérer voir un allègement des prélèvements militaires, sans que ceux-ci cessent pour autant³⁶.

A un niveau international, la France exploite encore les Républiques sœurs par la conclusion de traités léonins, de nature militaire ou commerciale. En général, dans les mois suivants la création d'un Etat vassal, la France impose à ce dernier la conclusion d'un traité d'alliance défensive et offensive, lequel implique des dépenses considérables pour la partie la plus faible. Le 19 août 1798, la République helvétique lie son destin à celui de la Grande Nation par le biais d'un traité accordant principalement à la France la possibilité de demander à sa cocontractante la levée d'un corps de troupe (art. II) et l'usage des deux routes principales traversant le pays (art. IV).³⁷ Dans un second temps, la stabilisation de la situation après l'invasion permet la conclusion d'accords commerciaux léonins, basés sur le mercantilisme. Ainsi, la

³⁰ Godechot, *Les variations*, p. 25.

³¹ *Ibid.*, p. 26.

³² *Ibid.*, p. 27.

³³ *Ibid.*, p. 23.

³⁴ *Ibid.*, p. 27.

³⁵ Godechot, *La Grande Nation*, p. 425.

³⁶ Godechot, *Les variations*, pp. 29-32.

³⁷ Ce texte contraint également la République helvétique à régulièrement acheter à la France des quantités prédéfinies de sel (art. VII), Philippe Gern, *L'Helvétique et le sel français, ou la loi du plus fort* in *Revue suisse d'histoire* 34 (1984), pp. 206-219.

France assied d'abord sa suprématie militaire, puis sa suprématie économique sur ses Etats vassaux. Dans le cas de la République helvétique, la conclusion d'un traité de commerce est prévue par l'art. XV du traité d'alliance de 1798, mais n'aura jamais lieu. De façon surprenante, le pays est jugé comme un concurrent trop redoutable par les manufacturiers et le ministre de l'intérieur français, François de Neufchâteau³⁸.

A un niveau régional, l'exploitation administrative d'un pays occupé ou d'une République sœur est le fruit de différents besoins des armées françaises :

- Trouver rapidement et efficacement les importantes fournitures que nécessitent des armées considérables.
- Avoir des étapes à disposition sur le chemin des armées françaises lors de leurs campagnes.

Comme sous l'Ancien Régime, les armées françaises ne disposent pas d'un service d'intendance ni de véritables arsenaux³⁹. Le manque de ressources financières empêche l'entretien permanent d'employés expérimentés. L'approvisionnement se fait ainsi via des entrepreneurs privés. Il existe bien sûr des intendants militaires, mais ceux-ci ne font qu'encadrer l'activité des fournisseurs, dont le nombre est considérable et touche des domaines aussi variés que le commerce de vêtements, de grain, de bétail, de fourrage, la meunerie ou encore le transport⁴⁰. En général, le système des fournisseurs présente plusieurs désavantages : inefficacité et risques de détournement de fonds ou de banqueroute⁴¹.

Avoir la possibilité de recourir à des administrations locales permanentes permet de suppléer aux gros défauts du système privé d'intendance, même si cela suppose dans certains cas d'arracher ces administrations à leurs tâches légales et constitutionnelles. L'armée et le gouvernement français expérimentent cette technique de façon simultanée en France et dans les territoires nouvellement conquis dès le début des guerres révolutionnaires. A l'origine, on s'attendait à ce que les Administrations départementales françaises luttent contre la pénurie de subsistances au sein de leur propre département⁴². Ce-

³⁸ Gérald Arlettaz, *Libre-échange et Protectionnisme, questions aux archives de la République helvétique* dans *Etudes et Sources* 7 (1981), pp. 18-19.

³⁹ Godechot, *Les commissaires*, t. 1, p. 144.

⁴⁰ Voir à ce sujet Charles Poisson, *Les fournisseurs aux armées sous la Révolution française*, Paris, Librairie historique A. Margraff, 1932, pp. 6-7.

⁴¹ Godechot, *La Grande Nation*, p. 444.

⁴² Jean BreLOT, *La vie politique en Côte-d'Or sous le Directoire*, Dijon, Rebourseau Libraire-Dépositaire, 1932, p. 46, Eugène Dubois, *Histoire de la Révolution dans l'Ain*, t. 4, Bourg, Imprimerie Brochot, 1933, pp. 45 ss., Bouchard, *Entre textes parisiens*, p. 408.

pendant, la possibilité d'employer de telles capacités pour remédier aux manquements des fournisseurs ne devait être que trop tentante aux yeux des dirigeants français, et les lois et arrêtés commencent à s'annoncer⁴³. Dans un tel contexte, la création et la mise à contribution d'organes administratifs étrangers ne peuvent que s'imposer d'elles-mêmes. Les Français vont donc naturellement appliquer aux territoires conquis les méthodes qui ont fait leurs preuves chez eux. Par ailleurs, l'éloignement croissant des armées ainsi que la nécessité de ménager les ressources et l'opinion publique françaises sont deux éléments qui poussent à l'exploitation d'autres populations. L'approvisionnement des troupes est une priorité absolue, et le Directoire base son action en la matière sur deux principes : sauver l'armée à tout prix⁴⁴ et « nourrir la guerre par la guerre⁴⁵. » La nécessité de disposer d'institutions capables de servir l'armée française à l'étranger est apparemment bien présente dès le début des guerres de conquête révolutionnaires. Le Décret du 15 décembre 1792 sur la libération des peuples dispose que dans les pays occupés par les armées françaises, les généraux établiront des administrations provisoires débarrassées des ennemis de la République⁴⁶.

Ce Décret sera particulièrement bien appliqué, puisqu'il en va du fonctionnement des armées françaises et de la prospérité de la Grande Nation. Comme relevé précédemment, dès que la situation militaire le permet, les généraux s'empressent de mettre sur pied des organes administratifs, aussi frustes soient-ils, pour assurer une exploitation efficace des pays conquis. Ces organes deviennent plus tard des administrations départementales ou des autorités administratives de la République sœur. Seuls le numéraire et les objets précieux sont généralement transportés vers la France. Tout le reste des ressources est employé à entretenir les armées sur place, les territoires soumis servant d'étape aux troupes.

Au stade de l'annexion ou de la satellisation, la satisfaction des besoins militaires français ne peut avoir lieu qu'en détournant les autorités locales de leurs tâches. Ainsi, les Chambres administratives sont chargées de l'exécution des lois relatives aux finances, au commerce, aux arts, aux métiers, à l'agriculture, aux subsistances, à l'entretien des villes et des chemins publics, et en aucun cas de l'intendance d'une armée étrangère. C'est pourtant le sort qui leur est réservé pour les raisons évoquées précédemment : insuffisance du système de fournitures de l'armée française et volonté d'exploitation de la part de celle-ci. Conscients de par leur expérience de l'utilité des organes administratifs, les militaires ne peuvent que s'intéresser aux Chambres, déjà

⁴³ Godechot, *Les commissaires*, t. 1, pp. 221-222.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 133.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 140.

⁴⁶ Godechot, *Les variations*, p. 21.

chargées par la Constitution de veiller à ce que la population ne manque pas de subsistances. Aucune base légale n'existe pour autoriser les Chambres à accepter les réquisitions françaises. Pourtant, les Conseils législatifs constatent l'existence de cet état de fait dans un décret du 26 avril 1798⁴⁷ sur le mode de remboursement des réquisitions françaises. Ce texte dispose en effet que le Directoire helvétique viendra au secours des administrations tombées dans le besoin en raison des dites réquisitions. Par la suite, cinq textes législatifs viendront établir des impôts de guerre perçus par les Chambres administrations pour subvenir à l'entretien des troupes françaises, institutionnalisant cet artifice. Il existe certes un flou à propos des attributions des Chambres, mais leurs membres sont tout à fait conscients que le rôle de fourriers des troupes françaises ne leur revient pas. La correspondance des administrateurs vaudois, Henri Monod le premier, en atteste⁴⁸.

L'exemple du Canton du Léman montre que l'utilisation d'une autorité administrative locale dans une République sœur apporte cinq types d'avantages aux armées françaises. Le premier avantage réside dans les connaissances locales des membres de l'administration. Dans le cas du Léman, la Chambre sait où trouver les ressources réclamées par les militaires au moyen d'un réseau de commissaires ordonnateurs mis en place au printemps 1798. Le commissaire en chef a sous ses ordres sept subordonnés dans les districts situés le long des grandes routes⁴⁹. Ce maillage devient encore plus serré en 1799 lorsqu'un arrêté de la Chambre administrative ordonne la nomination d'un quartier-maître par commune⁵⁰. Le nombre de commissaires des guerres helvétiques est intimement lié à la présence des troupes françaises. Ainsi, lorsque le nombre de soldats de passage diminue en 1801, le Directoire helvétique demande aux Chambres administratives de réduire leur nombre⁵¹, avant de supprimer tous les postes sauf un en 1802 lors du retrait des Français⁵². A leur retour quelques mois plus tard lors de l'effondrement de la République, les commissaires sont rétablis⁵³. L'existence d'un tel réseau est

⁴⁷ Décret sur les fournitures par réquisition, pour la subsistance de l'armée française en Helvétie, 26 avril 1798, RH, t. 1, p. 21, ASHR, t. 1, n° 46, p. 738.

⁴⁸ Biaudet/Jéquier, *Correspondance*, t. 2, Lettres de Monod à Laharpe des 12 et 22 mars, 6 et 8 avril 1798, Lettre de Glayre à Laharpe du 12 mars 1798. En ce qui concerne les administrateurs du Léman, voir Marie-Noëlle Altermath, *Etude prosopographique de la Chambre administrative vaudoise 1798-1803*, Lausanne, Faculté des lettres, section d'histoire, 2001.

⁴⁹ Archives cantonales vaudoises (ACV) H 111/1, Registre des délibérations de la Chambre administrative du Canton du Léman, p. 433, séance du 22 juin 1798, H 111/3, p. 366, séance du 26 novembre 1798.

⁵⁰ ACV H 111/6, p. 330, séance du 23 mai 1799.

⁵¹ ACV H 111/13, p. 375, séance du 19 juin 1801.

⁵² ACV H 111/16, 497, séance du 3 septembre 1802.

⁵³ ACV H 111/17, p. 499, séance du 27 décembre 1802.

destinée à mobiliser le plus de ressources possible, tout en ménageant la population par une meilleure répartition des réquisitions. Le général Masséna partage ce point de vue. Il écrit lui-même aux administrateurs du Léman pour leur dire que les demandes doivent être adressées aux commissaires locaux : « [...] cela doit être parce que les étrangers [...] ne connaissent en aucun cas le pays et ses ressources ; écraseront des lieux déjà foulés, tandis que le mal eut pu être peu considérable, en s'adressant ailleurs⁵⁴. »

Un bon exemple du rapport entre exploitation et ménagement de la population est contenu dans une lettre du commissaire du Pays-d'Enhaut adressée à la Chambre en novembre 1799. Dans ce document, le fonctionnaire propose que les communes de la région paient en têtes de bétail leur part à un emprunt de guerre, dans une période où le numéraire se fait rare⁵⁵. Le développement considérable de la coopération entre autorités helvétiques et armée française se manifeste également dans le fait qu'au niveau national, il existe un commissaire général auprès du commandant en chef des troupes françaises. Ses tâches, décrites par le ministre de l'Intérieur, peuvent être comparées à celles des commissaires cantonaux par rapport aux districts : « [...] diriger les réquisitions nécessaires et [...] les répartir en raison des facultés et des circonstances particulières de chaque canton [...] »⁵⁶.

Le deuxième avantage procuré par l'utilisation d'une administration locale est la confiance de la population : les citoyens accepteront plus volontiers une mesure si celle-ci est le fait d'agents autochtones plutôt qu'ordonnée par des militaires étrangers. Certes, les Français effectuent des réquisitions parfois eux-mêmes, mais il est probable que la vaste majorité des fournitures données à l'armée française ait été rassemblée par l'administration indigène. En outre, de par leur origine, les administrateurs et leurs subordonnés connaissent la mentalité locale, quelles sont les limites à ne pas franchir, comment ordonner une mesure sans se mettre à dos les citoyens. Dans le cas de la Chambre administrative du Léman, on constate que ses membres jouissent d'un prestige certain dans leurs communautés respectives, ce qui ne peut que contribuer à la bonne marche des affaires publiques.

Le troisième avantage est financier. A partir de l'automne 1798, sur ordre du gouvernement helvétique, les Chambres administratives doivent faire appel à des fournisseurs - selon le modèle français - afin de faire face aux demandes de fournitures des militaires⁵⁷. D'un point de vue commercial, les entrepreneurs ont beaucoup plus intérêt à traiter avec une autorité locale

⁵⁴ ACV H 111/7, p. 151, séance du 26 octobre 1799.

⁵⁵ Ibid., p. 323, séance du 26 novembre 1799.

⁵⁶ ACV H 111/6, p. 2, séance du 24 avril 1799.

⁵⁷ ACV H 111/3, p. 167, séance du 29 octobre 1798, voir également Godechot, *Les commissaires*, t. 2, p. 142.

qu'avec des représentants militaires. En effet, le mode de vie extrêmement mobile des commissaires français ne facilite pas le recouvrement de créances et contribue à la dissolution des responsabilités en cas de litige. Pour le bonheur des fournisseurs, la Chambre administrative du Léman est un interlocuteur scrupuleux qui désire absolument honorer ses engagements. Ainsi, les administrateurs écrivent en juin 1799 au ministre des Finances :

« [...] nous sommes harcellés (sic) par nos créanciers pour des payemens, qu'il y en a plusieurs, entr'autres qui ont fait des fournitures dont les dettes sont bien liquides et échues, que les circonstances mêmes ayant allarmés, ils sollicitent de la manière la plus pressante, mais il nous est impossible de faire face, n'ayant point d'argent, qu'en outre, plusieurs fournisseurs refusent de fournir, en sorte que le service en souffre, que ne sachant comment nous retourner, nous avons proposé à plusieurs personnes de recevoir des créances en payemens [...]»⁵⁸.

Le souci de la bonne marche du service de fournitures évoqué dans cette lettre est un quatrième avantage dont peuvent bénéficier les troupes françaises. En effet, les entreprises de fournitures sont souvent débordées par l'ampleur des besoins militaires, quand elles ne font pas faillite. L'exemple du fournisseur Hanet-Cléry est parlant : ce dernier, qui est chargé de l'approvisionnement de toute l'armée française en Helvétie au printemps 1798 suspend ses livraisons à la fin de l'année déjà, faute de moyens financiers⁵⁹. Des entrepreneurs moins considérables sont également touchés par ce phénomène, plongeant dans l'embarras les autorités, qui souhaitent éviter à tout prix que des soldats affamés se servent directement chez l'habitant. Les Chambres administratives servent donc de fournisseurs intérimaires à l'armée française durant de longues périodes, lorsque les menaces ne parviennent pas à assurer le service⁶⁰. Par exemple, le 21 juin 1799, la Chambre est informée par tous les commissaires des guerres vaudois que les compagnies de fournisseurs ont cessé leur activité sans aucun préavis. Les administrateurs doivent donc autoriser dans l'urgence les commissaires à approvisionner les troupes françaises, tout en s'adressant au Directoire helvétique pour obtenir des fonds d'une quelconque manière⁶¹.

Enfin, un cinquième avantage réside dans le fait que l'utilisation d'une administration locale décharge les militaires français de tâches pénibles et nombreuses. La conclusion des marchés avec les fournisseurs, la gestion des dépôts de fournitures, leur transport, la tenue de la comptabilité, la rémunéra-

⁵⁸ ACV H 111/6, pp. 587-588, séance du 18 juin 1799.

⁵⁹ Godechot, *Les commissaires*, t. 2, pp. 143-144.

⁶⁰ ACV H 111/3, pp. 366-367, séance du 26 novembre 1798, H 111/4, p. 638, séance du 12 février 1799.

⁶¹ ACV H 111/6, p. 644, séance du 21 juin 1799.

tion des commissaires, tout cela est laissé aux administrateurs indigènes et à leurs employés. Dans le cas de la Chambre administrative du Léman, cela se vérifie par le fait que les commissaires des guerres français ne semblent que faire des passages ponctuels dans le Canton. Un procès-verbal des administrateurs atteste ce fait en novembre 1798⁶², et durant les années suivantes, on mentionne régulièrement l'absence de tout commissaire français permanent dans le Canton⁶³. La présence d'agents français est si rare qu'en septembre 1799, le commissaire des guerres du Léman remplit momentanément cet office pour le compte de l'armée française⁶⁴. Même si les Français n'ont des agents d'intendance que de façon intermittente sur place, les passages de troupes continuent à être considérables, sollicitant encore et toujours les fonctionnaires locaux.

Conclusion

Le service d'intendance des armées françaises est une tâche titanesque, à tel point qu'il empêche dans bien des cas les Chambres administratives de remplir leur mission de service public. Le ministre de l'Intérieur le reconnaît lui-même en octobre 1800 dans un rapport adressé au Conseil exécutif, qui a succédé au Directoire après le coup d'Etat du 7 août de la même année :

« Dans un embarras continuel entre les plaintes d'un peuple souffrant et les prétentions sans mesure d'une autorité militaire étrangère, elles étaient obligées de borner leur activité, presque uniquement, à rendre moins nuisible l'orage, qu'elles ne pouvaient détourner, en diminuant, par la répartition des charges, son influence destructrice. Elles n'ont guère été jusqu'à présent que des instruments à la disposition des français pour frapper les réquisitions, de sorte qu'il ne leur restait ni assez de tems, ni assez de force pour s'occuper des vrais objets d'administration publique et de tous les travaux et soins bienfaisans, que le peuple aurait dû pouvoir attendre de leurs fonctions⁶⁵. »

Cette analyse pertinente nous permet, en guise de conclusion, de résumer l'utilité de ces organes modestes et peu étudiés : d'un point de vue national, les Chambres sont autant d'interfaces, à la fois au service de la population et des troupes françaises. D'un point de vue international, les Chambres, comme nombre d'autorités équivalentes dans les Républiques sœurs, sont des éléments constitutifs de la puissance française. Situées à la base de la pyramide continentale française, elles sont essentielles à sa stabilité. Détournées de

⁶² ACV H 111/3, p. 196, séance du 2 novembre 1798.

⁶³ ACV H 111/3, p. 566, séance du 15 juin 1799, H 111/7, p. 50, séance du 24 juin 1799.

⁶⁴ ACV H 111/8, p. 452, séance du 20 septembre 1799.

⁶⁵ Archives fédérales suisses, B 512, Ministerium des Innern, Kantonbehörden, pp. 68-69.

leurs fonctions civiles, elles servent à alimenter le moteur de l'expansion française, c'est-à-dire l'armée. Les Chambres administratives, si fortement liées par les hasards du destin au bien-être des troupes françaises, ne survivront pas au retrait définitif de ces dernières en 1803.

Kellers Zürcher Privatrecht – Eine Probe-Transkription

Friedrich Ludwig Keller lehrte Mitte der 1820er Jahre in Zürich am Politischen Institut – dem Vorgängerinstitut der Universität Zürich – verschiedene rechtswissenschaftliche Fächer. Er war der erste Präsident – und wohl auch Mitbegründer – des Zürcher Obergerichts und hatte bedeutenden Einfluss auf die im Jahre 1831 in Kraft getretene neue Verfassung des Kantons Zürich.¹ Es wurde über ihn bereits viel geschrieben, weshalb hier nicht näher auf die Person und das Schaffen von Keller eingegangen werden muss. Gegenstand dieser Vertiefung ist vielmehr seine ab dem Jahr 1829 abgehaltene Vorlesung über das zürcherische Partikularrecht. Aus den Lehrplänen des Politischen Instituts geht hervor, dass er die zweisemestrige Vorlesung auch in den drei Folgejahren bis 1832 gehalten hat.² Nach der Gründung der Universität Zürich im Jahre 1833 hielt Keller die Vorlesung bis zum Jahr 1843 noch rund sechs Mal.³ Keller hatte sich zum Ziel gesetzt, erstmals ein zusammenhängendes System in das zürcherische Recht zu bringen, welches in der Lehre bislang neben dem materiellen Römischen Recht höchstens vergleichend berücksichtigt, und daher nur wenig aufgearbeitet worden war. Als Grundlage für diese Systembildung und dogmatische Aufarbeitung zog er das römische Rechtswissen heran. Die Verbindung von regionalen Rechtsquellen und römischem Rechtswissen war zu dieser Zeit in der Deutschschweiz noch nicht

* Cécile Ricaud, MLaw, Absolventin UZH, die Verf. richtet ihren Dank an Herrn Prof. Dr. Wolfgang Ernst, welcher Ihr beim Verfassen der Masterarbeit im HS 2015 unterstützend zur Seite stand, und u.a. auch die digitalisierte Fassung von Kellers Vorlesungsskript zur Verfügung stellte. Daneben gilt auch Herrn Thomas Weibel zu danken, dessen Werk «Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich» den Einstieg in die Quellensuche und weiteren Recherchen erheblich erleichtert hat. Die gesamte Arbeit, von welcher hier nur die Einleitung präsentiert wird, kann in der Alten Juristischen Bibliothek des rechtswissenschaftlichen Instituts, im Staatsarchiv sowie in der Zentralbibliothek konsultiert werden.

¹ Weibel, Thomas, Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich. Herausgegeben aus Anlass des Jubiläums 175 Jahre Obergericht des Kantons Zürich 2006, IV, S. 51 ff., V, S. 70 ff.; Ernst, Wolfgang, Friedrich Ludwig Keller als Gegenstand der rechtshistorischen Forschung, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. August 2008, Band 125, Heft 1, Seiten 688–695, ISSN (Online), S. 688.

² StAZ U 105 Fasz. 10, Protokoll der Kuratel, S. 36 f.; StAZ U 105 Fasz. 2.; Eingabe vom 1.12.1829, Schwarz, S. 252.

³ WS 1833; SS 1834; WS 1834; SS 1835; SS 1837; WS 1837; WS 1839; SS 1840; SS 1841; WS 1841; SS 1842; WS 1843, in: UZV: 960, Nr. 4, http://www.histvv.uzh.ch/dozenten/keller_fl.html; besucht am 17.05.2015.

verbreitet – ganz anders als beispielsweise in Deutschland und in der französischen Schweiz, wo im Geiste des *usus modernus* und der Naturrechtsschulen bereits eine akademische Kultur gelehrten Rechtswissens bestand.⁴

Die Vorlesungen «über das zürcherische Partikularrecht» von Keller erlauben einen Einblick auf den Rechtszustand vor Bluntschlis Privatrechtlichem Gesetzbuch für den Kanton Zürich, welches noch vor dem ZGB zwischen 1853 und 1855 in Kraft gesetzt worden war.

Zugänge zur Vorlesung zum zürcherischen Privatrecht von Keller

Es gibt insgesamt drei Zugänge zu Kellers Vorlesung zum zürcherischen Privatrecht. Zum einen besteht das originale Vorlesungsskript von Keller selbst. Daneben sind Nachschriften der Vorlesung in Form von Studenten-Mitschriften und amtlichen Mitschriften vorhanden.

Das – leider nicht ganz vollständige – Vorlesungsmanuskript von Keller befindet sich in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften. Es sind nur 842 von insgesamt 1073 Blättern vorhanden. Insbesondere fehlen die Seiten 2-118 (Einleitung, Personenrecht, Beginn des Sachenrechts) und 492-601 (2. und 3. spezieller Teil des Obligationenrechts). Das Sachenrecht beginnt erst mit §75 (Mobiliarpfand).

Neben Kellers Vorlesungsmanuskript bestehen die folgenden von dieser Vorlesung angefertigten Nachschriften:

a. Im Staatsarchiv Zürich befindet sich unter der Signatur StAZH X 44 das einzige auffindbare Exemplar, welches den gesamten Vorlesungsstoff umfasst. Die Nachschrift wurde vermutlich nachträglich ins Reine geschrieben und enthält ein detailliertes Inhaltsverzeichnis und ein Sachwortregister. Der Band mit dem Titel «Vorlesungen über das Zürcherische Particularrecht, vorgetragen von Dr. Friedrich Ludwig Keller – ausserordentlichem Professor der Rechte an der Universität Zürich» besteht aus 830 Seiten und ist in zwei Teile gegliedert: Der erste Teil enthält die im Wintersemester 1834/5 abgehaltene Vorlesung über die Einleitung (Rechtsquellenlehre etc.) sowie das Personen-, Sachen- und den ersten Teil des Obligationenrechts (348 Seiten). Der zweite Teil enthält die im Sommersemester 1835 gehaltene Vorlesung über das Wechselrecht, das Konkursrecht und das Familienrecht (163 Seiten). Die Nachschrift stimmt allerdings nicht wortwörtlich mit dem Original überein, sondern ist viel summarischer. Sie enthält nur etwa zwei Drittel von dessen Inhalt. Die Handschrift ist sehr sauber und gut lesbar.

⁴ Ernst (o. Anm. 1.), S. 690 f.; Harke, Jan Dirk, *Römisches Recht*, Verlag C.H. Beck, 2008 München, § 3, S. 27 ff.

In der Zentralbibliothek Zürich sind weitere, mehr oder weniger vollständige Nachschriften vorhanden:

b. Das vollständigste Exemplar besteht aus zwei Bänden mit der Signatur Z IV 304 und 304a. Der erste Band weist am Buchrücken die Bezeichnung «Kellers Vorträge über das Zürcherische Privat-Recht-Bd1.» auf. Am oberen linken Rand der Innenseite des Buchumschlags ist der Name des früheren Besitzers entzifferbar: «v. Meiss z. Chamhaus.⁵ Auf der Innenseite steht der Titel «Das Privatrecht des Kantons Zürich nach freien Vorträgen des Herrn Dr. F. L. Keller ausgefasst von C. L. 1829 & 30». Er umfasst 397 Seiten und enthält den allgemeinen Teil zum zürcherischen Privatrecht, das Personen- und das Sachenrecht sowie den allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Das Inhaltsverzeichnis ist auf der ersten Seite zusammengezogen (§ 1 – §115), und auf den nachfolgenden Seiten nochmals detailliert vorhanden (§ 1 – § 114). Der Text enthält sogar über das Original von Keller hinausgehend zahlreiche Fallbeispiele aus der Praxis.

Der zweite Band umfasst 371 Seiten und enthält den ersten besonderen Teil des Obligationenrechts und das Wechselrecht. Als Urheber des zweiten Bandes sind hier ebenfalls die Initialen C.L. entzifferbar.

c. Dann gibt es ein weiteres Exemplar mit der Signatur Z IV 303. Es ist ein Ledereinband mit einer Goldpressung auf dem Buchrücken, die den Titel trägt «Dr. F. L. Keller erste Vorlesungen über Zürich. Partikularrecht bis 1831- Allgemeiner Theil. Sachenrecht. Obligationenrecht.» Der Band umfasst insgesamt 720 Seiten, die einspaltig beschrieben sind. Inhaltlich umfasst er den allgemeinen Teil zum zürcherischen Partikularrecht, das Sachenrecht, den allgemeinen Teil des Obligationenrechts und den ersten besonderen Teil über die einzelnen Verträge. Auch hier werden Fallbeispiele erwähnt. In regelmässigen Abständen erscheint am unteren linken Seitenrand ein Zeichen, es könnte sich dabei um ein grosses S. oder um ein kleines p. handeln. Eventuell handelt es sich hier um den Anfangsbuchstaben des Namens des Kopisten.

d. Das Exemplar mit der Signatur Z IV 667 hat den Titel «Zürcherisches Partikular-Recht 1. ste Hälfte» darunter steht «Allgemeine Lehren. Familien- und Erbrecht bei Herrn L. Keller Sommersemester 1837». Es ist kein Inhaltsverzeichnis vorhanden. Die Nachschrift umfasst 276 einspaltig beschriebene Seiten (§ 1- 49, § 59, § 73). Es handelt sich wohl um eine Studenten-Mitschrift, die während der Vorlesung niedergeschrieben worden ist. Die Vorlesung wurde entweder von Keller nicht fertig gehalten, oder der Student hat den Besuch der Vorlesung abgebrochen, da auf der letzten Seite vom

⁵ Katalog der Handschriften der Zentralbibliothek Zürich II – Neuere Handschriften seit 1500 von Gagliardi, Ernst und Forrer, Ludwig, Zürich 1982.

Statut von Eglisau nur der Titel steht. Die Nachschrift ist bei weitem nicht vollständig und zudem nur schwer entzifferbar, weil eine persönliche Abkürzungsschrift verwendet wurde.

e. Die Nachschrift mit der Signatur Z IV 753 trägt aussen am Buchrücken den Titel «Zürcher. Privatrecht Pr. Keller» und im Innern des Buchdeckels den Vermerk «Aus der Bibliothek von Prof. Dr. Friedrich von Wyss 1818 – 1907». Auf der ersten Seite steht der Vermerk «Zurcherisches Privatrecht bei Prof. Keller.» Am Seitenende befindet sich die Bleistiftnotiz

«g 1783 Frau Dr. Letsch Zürich». Auch hier fehlt ein Inhaltsverzeichnis. Es ist eine weitere, sehr summarische Mitschrift, die nur 101 Seiten umfasst und die Kapitel über die allgemeinen Lehren zum zürcherischen Privatrecht, das Sachen-, das Familien- und das Erbrecht enthält. Das Statut von Eglisau ist hier zumindest teilweise enthalten. Die Reihenfolge der Themenblöcke stimmt nicht mit derjenigen der übrigen Nachschriften überein. Das Format entspricht demjenigen von Z IV 667 (d.). Der Schreiber hat eine Abkürzungsschrift verwendet, die nur sehr schwer leserlich ist. Auch hier handelt es sich wohl um eine Studenten-Mitschrift, die während der Vorlesung verfasst wurde.

Im rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich befinden sich in der Alten Juristischen Bibliothek zwei weitere Abschriften:

f. Die vollständigere Abschrift umfasst zwei Bände mit der Signatur K 8.1 und 8.2. Sie trägt den Titel «Vorlesungen von Herrn Dr. F. L. Keller über das zürch. Partikularrecht, gehalten im politischen Institut in Zürich im Jahr 1829». Ein Inhaltsverzeichnis fehlt, dafür ist jeweils am Schluss ein Sachwortregister enthalten. Der erste Band ist 557 Seiten lang und enthält die Einleitung, das Sachenrecht und den allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Der zweite Band umfasst 657 Seiten und enthält den ersten besonderen Teil des Obligationenrechts und das Wechselrecht. Analog zu b. und c. sind in beiden zahlreiche Fallbeispiele enthalten.

g. Das zweite Exemplar mit der Signatur K 9 «Vorlesungen über das Zürich. Privatrecht, gehalten von Herrn Dr. Ferdnd Ld Keller von Zürich, 1829 Bd.1» ist 499 Seiten lang. Ein Inhaltsverzeichnis fehlt. Es enthält den allgemeinen Teil zum zürcherischen Privatrecht, das Personen- und das Sachenrecht. Auch hier sind Fallbeispiele enthalten.

Ein Vergleich der beiden Bände K 9 und K 8.1 hat ergeben, dass K 9 genauer ist. Die Einleitung von K 9 entspricht wortwörtlich ZB IV 304 (b.).

ZB IV 303 (c.) und 304 und 304a (b.) sowie K 9 (f.) hängen wahrscheinlich miteinander zusammen. Unbekannt ist, welches der drei das Original ist und welches die Kopien sind. Auf Grund der Ausführlichkeit werden es keine Mitschriften sein, die während den Vorträgen von Keller im politischen Insti-

tut niedergeschrieben worden sind. Keller könnte hier seine Hände im Spiel gehabt haben, insbesondere sticht die Bezeichnung «freie Vorträge» von Keller in ZB Z IV 304 (b.) ins Auge.

Es besteht somit für den ersten fehlenden Block des Vorlesungsmanuskripts von Keller (Einleitung, Personen- und Sachenrecht) ein guter Ersatz, nicht hingegen für den zweiten fehlenden Block (zweiter und dritter besonderer Teil des Obligationenrechts). Für diese Teile dient ersatzweise nur die sehr summarische Nachschrift a. aus dem Staatsarchiv.

Transkription zu Kellers Vorlesung über die Realservituten

Da die rechtshistorische Forschung der Vorlesung von Keller zum Zürcher Privatrecht bisher zu wenig Beachtung geschenkt hat, soll die Transkription die verschiedenen Quellen für spätere Benutzer besser zugänglich machen. Die Transkription stellt ein Hilfsmittel zur Rekonstruktion von Kellers zeit-historischer Lehrmeinung zur Verfügung.

Die Benutzer sollen dadurch – ohne dass dabei einer juristischen Interpretation vorgegriffen wird – nicht nur von den Schwierigkeiten der Lesung der Nachschriften entlastet werden, sondern im besten Fall auch eine Quelle zur Hand haben, auf die sie sich beim Verfassen weiterer Arbeiten stützen können. An den Nachschriften interessiert deshalb nicht die geistige Leistung der Schreiber, sondern nur diejenige des Dozenten. Unterschiedliche Schreibweisen, Interpunktionen und sonstige formellen Eigenheiten sind deshalb nicht berücksichtigt worden.

Im Transkriptionsteil werden die Abschnitte über die Realservituten untersucht, welche im Vorlesungsmanuskript von Keller leider fehlen. In StAZH X 44 (a.) befinden sich die entsprechenden, summarisch gehaltenen Abschnitte, unter § 48 bis 57 auf den Seiten 79 bis 94. In Z IV 304 (b.) sind die Abschnitte unter § 49 bis 57 auf den Seiten 168 bis 206, und in Z IV 303 (c.) auf den Seiten 152 bis 187 vollständig vorhanden. In Z IV 667 (d.) fehlt das Sachenrecht ganz. Der bloss fünfseitige Abschnitt in Z IV 753 (e.) wurde nicht berücksichtigt. In K 8.1 (f.) und K 9 (g.) sind die Kapitel § 49 bis 57 auf den Seiten 167 bis 215 bzw. 298 bis 364 enthalten.

In Bezug auf die relevanten Abschnitte kann festgehalten werden, dass in den vier Nachschriften älteren Semesters, nämlich Z IV 304 (b.), Z IV 303 (c.), K 9 (g.) und K 8.1 (f.), die ersten drei inhaltlich mehr oder weniger identisch sind. K 8.1 (f.) enthält Sätze, die in den übrigen Nachschriften fehlen sowie viele Schreibfehler und offensichtlich falsche oder sinnfremde Wörter, die im Fussnotenapparat vernachlässigt worden sind. Dies könnten Hinweise darauf sein, dass es sich bei K 8.1 (f.) um eine nachträglich ins Reine geschriebene Studenten-Mitschrift handelt.

Die entsprechenden Abschnitte von Z IV 304 (b.) bilden die Grundlage der vorliegenden Probetranskription, weil die Nachschrift zu den älteren zu gehören scheint, und weil sie zu den vollständigsten gehört. Sie ist zudem – im Gegensatz zu K 9 (g.) – sehr gut leserlich. Z IV 303 (c.) mit dem Titelvermerk «bis 1931», ist leider nicht genau datierbar. Auch aus dem Vorlesungsverzeichnis, welches im Staatsarchiv Zürich einsehbar ist, geht das Datum der Semester nicht hervor, weshalb Z IV 304 (b.) der Vorzug gegeben wurde. In Z IV 303 (c.) sind viele Sätze und sogar einige ganze Absätze in § 52 und § 53, die sowohl in der Transkription zu Grunde liegenden Text b., als auch in K 9 (g.) und K 8.1 (f.) enthalten sind, nicht vorhanden. Ob dies ein Hinweis darauf ist, dass es sich bei Z IV 303 (c.) doch um eine frühere, ursprünglichere Ausgabe handelt, oder ob es sich hier u.U. um eine spätere, vereinfachte Reinschrift handelt, ist schwer zu sagen. In StAZH X 44 (a.) sind viel weniger Beispiele aufgeführt. Der Text ist viel summarischer als die restlichen vier, weshalb der gesamte Text in den Fussnotenapparat aufgenommen wurde. Gewisse Fehler wie z.B. doppelte Wörter «ein ein» sind – mit Ausnahme von StAZH X 44 (a.) – in allen vier Nachschriften enthalten.

Um das damalige, zeitgenössische Verständnis von Keller von der Materie der Realservituten seinen in der Vorlesung gezogenen Vergleichen zwischen der schweizerischen Rechtspraxis und dem römischen Recht gegenüberstellen zu können, folgt nun ein kleiner Exkurs zu Kellers Werken zum römischen Privatrecht «Institutionen» und «Pandektenrecht»

Die Realservituten im römischen Privatrecht mit einigen rechtsvergleichenden Seitenblicken von Keller auf die schweizerische Rechtspraxis

Keller beschreibt in seinen Werken den Begriff der Servitut als Verhältnis, kraft welchem eine Sache ausser dem Eigentümer auch noch einem anderen Rechtssubjekt dienen konnte. Im Gegensatz zu den Personalservituten durften die Real- bzw. Präsidialservituten nie einer Person zugutekommen, sondern nur einem Grundstück. Das Objekt und das Subjekt einer Realservitut musste immer zwingend ein Grundstück sein, wobei das Objekt das belastete, und das Subjekt das begünstigste Grundstück darstellte. Der Grundeigentümer fungierte lediglich als Repräsentant eines Grundstücks. Aus einer Realservitut konnten deshalb nur Eigentümer von Grundstücken berechtigt oder verpflichtet werden.⁶ Daneben war zwingend erforderlich, dass die Realservitut dem Grundstück einen Nutzen in Form einer Wertsteigerung irgendeiner Art – sei

⁶ Friedrich Ludwig von Keller, Pandekten, Vorlesungen. Aus dem Nachlasse des Verfassers. Zweite Auflage besorgt von Dr. William Lewis, Erster Band, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1866, S. 355 (zit. Pandekten o. Anm. 6.).

es finanzieller Natur oder auf andere Weise – bringt.⁷ Kam der Nutzen nur einer Person zu gute, war es eine Personalservitut, kam der Nutzen hingegen weder einer Person noch einem Grundstück zu gute, handelte es sich um eine reine Obligation. In der schweizerischen Praxis zogen die Richter diese Abgrenzung – wie Keller in seinen Vorlesungen über die Realservituten festhielt – häufig nicht korrekt. Bei uns belasteten oft Grundlasten in Form von Abgabeverpflichtungen gegenüber dem Grundherrn oder der Kirche die Grundstücke.

Die Realservituten zogen von den Grundstücken irgend eine positive oder negative Befugnis ab, und wiesen diese anderen zu, sodass jede Realservitut das Eigentum des einen künstlich erweitern, und das des andern schmälern konnte.⁸ Es war dabei immer der Grundsatz sehr bedeutend, dass das Grundeigentum so wenig wie möglich beschränkt werden soll.⁹ Die schweizerische Praxis handhabte diesen Grundsatz – wie aus dem transkribierten Text hervorgeht – nach Ansicht von Keller wohl weniger strikt. Man nehme das von ihm erwähnte Beispiel vom Holzhändler mit einem Abholzungsrecht auf dem Grundstück des Nachbarn. Wenn dieser einen grossen Gütergewerb besass, wurde eine Realservitut bereits dann bejaht, wenn angenommen werden konnte, dass er das Holz für denselben und nicht zu seinem persönlichen Nutzen gebraucht.

Den Personal- und den Realservituten war gemeinsam, dass sie beide unveräusserlich waren, und bis zu ihrem Untergang an die Person bzw. an das Grundstück gebunden blieben.¹⁰ Letztere folgten unzertrennlich dem Eigentum, und konnten nur in und mit demselben ausgeübt und erduldet werden.

Nach der Regel der *praedia debent esse uicina* mussten zwei sich gegenseitig begünstigende oder belastende Grundstücke in einer gewissen Nähe zueinander gelegen sein, sodass der Vorteil aus der Servitut auch tatsächlich gewährt werden konnte.

Die Realservituten waren zudem nicht teilbar, d.h. sie konnten nur zu Gunsten oder zu Lasten eines Grundstücks als Ganzes, nicht jedoch für ein blosses Teilgrundstück errichtet werden.¹¹ Auch deren Aufhebung war nur als Ganzes möglich. Die Realservituten benötigten schliesslich auch eine *perpetua causa*, d.h. die faktischen Verhältnisse mussten von der Beschaffenheit sein, dass durch sie die Ausübung der Servitut auf Dauer gesichert war. Sie musste eine wesentliche und bleibende Eigenschaft des Grundstücks betreffen

⁷ Pandekten (o. Anm. 6.) S. 355 f.

⁸ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 353.

⁹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 358 f.

¹⁰ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 354.

¹¹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 357.

und nicht blossen Zufall oder menschliche Willkür.¹² Bei den Wasserrechten bedeutete dies z.B., dass ein Teich oder eine Zisterne, die keine natürliche Quelle hatte, und nur gelegentlich Wasser führte, nicht Gegenstand einer Servitut sein konnte.¹³

Für die Ausgestaltungen von Realservituten gab es viele Möglichkeiten. Es wurden hauptsächlich drei Arten unterschieden. Die Realservituten enthielten entweder die Befugnis, dem Grundeigentümer ein non facere aufzuerlegen, d.h. ihn an etwas zu hindern, wozu er sonst kraft seines Eigentums befugt gewesen wäre. Dazu dienten die sog. *servitus quae in non faciendo consistit* bzw. die negativen Servituten, wie z.B. das Recht, einen andern daran zu hindern, höher zu bauen. Für den Besitz der Servitut genügte hier nicht das blosse Unterlassen dessen, was die Servitut untersagte, es musste eine zusätzliche Nötigung, ein Bewusstsein der Notwendigkeit der Unterlassung bei dem Unterlassenden hinzukommen, wie etwa durch Gewalt, richterliches Verbot oder Einsprache. Nur durch dieses Bewusstsein wurde der Besitz der Servitut begründet, und er hörte wieder auf, sobald die untersagte Handlung wirklich durchgeführt worden war, oder sobald das Bewusstsein der Notwendigkeit der Unterlassung wegfiel.¹⁴

Oder sie enthielten die Befugnis, dem Grundeigentümer ein *pati* aufzuerlegen, d.h., ihn zu verpflichten, etwas zu dulden, was er sonst nicht dulden müsste. Dazu dienten die sog. *servitus quae in patiando consistit* bzw. die positiven oder auch affirmativen Servituten.¹⁵ Die affirmativen Servituten waren wiederum in zwei Gruppen unterteilt: Einerseits in solche, deren Ausübung durch eine bleibende Anstalt geschah, wie z.B. durch die Errichtung einer Baute. Der Besitz wurde dann durch das Anbringen der Anstalt erworben und ging durch das Aufhören wieder verloren. Andererseits in solche, deren Ausübung in einer sich regelmässig wiederholenden Handlung bestand, wie z.B. bei den Wegrechten. Der Besitz bestand dann darin, dass man die Handlung vornahm in der Absicht, die fragliche Servitut auszuüben. Hingegen ging er verloren, wenn der Besitzer durch Widerstand an der Begehung der Handlung gehindert wurde. Die Auferlegung eines *facere* war hingegen ausgeschlossen.¹⁶ Wenn bei der *servitus oneris ferendi*, der Begünstigte z.B. einen Pfeiler an der Mauer des Nachbars ruhen liess, war er bei dessen Einsturzgefährdung auch für den Unterhalt der Mauer verpflichtet.¹⁷ Daneben existierten verschiedene Mischformen, die mit dem gleichen oder ähnlichen

¹² Pandekten (o. Anm. 6.), S. 357.

¹³ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 365.

¹⁴ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 392 f.

¹⁵ Pandekten (o. Anm. 6.) S. 350 f.

¹⁶ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 370.

¹⁷ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 370.

Inhalt normalerweise als Personalservituten vorkamen. Sie wurden zu den irregulären Servituten gezählt.¹⁸

Eine weitere Einstufung der Realservituten war diejenige in die *servitutes praediorum urbanorum* und in die *servitutes praediorum rusticorum*. Nach Ansicht von Keller war eine solche im schweizerischen Recht – im Gegensatz zur oben erwähnten Einteilung in die negativen und in die beiden Arten von positiven Realservituten – praktisch bedeutungslos. Unter ersteren verstanden die Römer eine Servitut, die einem Gebäude zustand. Unter letzterer eine Servitut, die einem Grundstück zustand, auf dem ein Gebäude vorhanden war, das aber bloss als Nebensache in Erscheinung trat.¹⁹ Ein Wegrecht galt somit als eine *servitus praedii rustici*, das Recht, höher zu bauen hingegen als eine *servitus praedii urbani*.²⁰ In praktischer Hinsicht bedeutete dies, dass die *servitus praedii rustici res mancipi* waren, die *servituts praedii urbani* hingegen *nec mancipi*.²¹

Servituten konnten im klassischen römischen Recht auf vielerlei Arten entstehen.²² Für die Entstehung einer Servitut wurde immer volles römisches Eigentum an der Sache vorausgesetzt. Für die Provinzial-Grundstücke, welche nicht in *quiritischem* Eigentum sein konnten, waren deshalb spezielle Regeln zu beachten, die nicht Gegenstand des *ius civile* waren.²³ Die Hauptentstehungsart war diejenige aus Vertrag. Neben dem Vertrag mussten aber immer die *in iure cessio*, oder bei denjenigen Servituten, welche für *res mancipi* galten, die *mancipatio*, hinzukommen.²⁴ Erst im Justinianischen Recht wurde der Vertrag alleine für alle Arten von Grundstücken als genügender Entstehungsgrund anerkannt.²⁵

Eine weitere Entstehungsart im klassischen Recht war diejenige durch Verjährung bzw. Ersitzung. Sie wurde aber später durch die *Lex Scribonia* ausgeschlossen.²⁶ Ersitzung bzw. *Usucapio* war im Justinianischen Recht unter gewissen Voraussetzungen möglich. Es musste dazu ein fehlerloser Besitz nachgewiesen werden, d.h. eine ausgeübte Servitut vorliegen, die nicht mittels Gewalt, Heimlichkeit oder auf Bitte des Wegbenutzers um Erlaubnis hin geschah bzw. die *nec vi, nec clam, nec precario* war, und während eines

¹⁸ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 390 f.

¹⁹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 359.

²⁰ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 359 f.

²¹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 360.

²² *In iure cessio, mancipatio, adjudicatio in iudicio diuisorio, legatum, lege oder usucapio*

²³ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 393 f.

²⁴ D. Friedrich Ludwig von Keller, *Institutionen, Grundriss und Ausführungen*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1861, S. 63 (zit. *Institutionen o. Anm. 24, S. 1*).

²⁵ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 396.

²⁶ *Institutionen* (o. Anm. 24.), S. 62; *Pandekten* (o. Anm. 6.), S. 393 ff, 397 f.

Zeitraums von 10 Jahren bei Anwesenheit bzw. von 20 Jahren bei Abwesenheit bestand. Es durfte zudem keine Unterbrechung des Besitzes eingetreten sein. Bei den Servituten, deren Ausübung in vorübergehenden und sich wiederholenden Handlungen bestanden, durfte nicht ein ungewöhnlich langer Zwischenraum eingetreten sein.²⁷ Daneben durften allgemein keine Veräusserungsverbote etc. bestehen.²⁸

Weitere Gründe für die Entstehung von Realservituten waren u.a. die Begründung durch letzten Willen, oder durch Adjudication.²⁹

Im schweizerischen Recht war – wie Keller ausführt – die Entstehung einer Realservitut durch Zeitverlauf bzw. die Ersitzung bei den negativen Servituten und den positiven Servituten, deren Ausübung in einer bleibenden Anstalt geschah, nicht möglich, da bei diesen der fortgesetzte Besitz und Zeitablauf keine Rolle spielten. Die Realservitut entstand durch stillschweigenden Vertrag oder Anerkennung entweder sofort, oder gar nicht. Nur bei den positiven Servituten, deren Ausübung in einer sich regelmässig wiederholenden Handlung geschah, war die Möglichkeit teilweise anerkannt, sofern analog zum römischen Recht ein fehlerloser Besitz, der ohne Gewalt, Heimlichkeit oder precario war, vorgewiesen werden konnte. Eine Ausnahme galt für den Fall, wenn ein älterer Vertrag als Beweismittel bestand, der die Servitut unabhängig von ihrer langjährigen Ausübung, ausschloss. Die Beweislast für die faktische Ausübung bzw. das faktische Hindernis dafür lag jedoch beim Einsprecher, was nach Ansicht von Keller oft zu unfairen Ergebnissen führte. So entstanden Realservituten z.T. bloss, weil der Belastete die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nicht beweisen konnte.

Im römischen Recht konnten Servituten durch Zeitverlauf nicht nur entstehen, sondern auch untergehen.³⁰ Die erste Variante war der Untergang durch non uti oder Nichtgebrauch, welcher für die *servitutes praediorum rusticorum* galt. Der Grundeigentümer brauchte vom Nichtgebrauch durch den Servitutberechtigten nichts zu wissen, unabhängig davon, ob dieser aus blosser Nachlässigkeit oder aus Unmöglichkeit die Ausübung unterliess. Die zweite Variante war die *libertatis usucapio*, die für die *servitutes praediorum urbanorum* galt. Auch hier wurde fehlerloser Besitz gefordert, d.h. bei der affirmativen Servitut ein faktisches Verhältnis, worin die Ausübung der Servitut ausgeschlossen war, z.B. ein Hindernis für die Anlegung eines Balkens. Bei den negativen Servituten musste die Behandlung der Sache durch den Eigentümer auf eine der Servitut widersprechende Weise vorliegen, z.B. beim

²⁷ Institutionen (o. Anm. 24.), S. 64.

²⁸ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 398 f.

²⁹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 401.

³⁰ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 399.

Bauen trotz des Bestehens einer Servitut, nicht zu bauen.³¹ Der Zeitraum der Verjährung stimmte mit dem der usucapion überein, d.h. er betrug bei unbeweglichen Sachen zwei Jahre. Im Justinianischem Recht wurde die Frist auf 20 Jahre verlängert, die restlichen Anforderungen blieben gleich. War die Ausübung der Servitut auf eine bestimmte Jahreszeit, oder auf einen einzelnen Monat beschränkt, galt die doppelte Zeit des non usus.³²

Nach Kellers Ausführungen war in der schweizerischen Praxis die Aufhebung bzw. der Untergang von Realservituten durch Nichtgebrauch nicht möglich. Dies hing seiner Meinung nach damit zusammen, dass – wie bereits weiter oben ausgeführt – Besitz bzw. Ersitzung nur in Ausnahmefällen bejaht wurde.

Ein weiterer Grund für die Beendigung der Existenz einer Realservitut war im klassischen römischen Recht die Vereinigung des Subjekts bzw. des praedium dominans der Servitut, mit dem Objekt der Servitut, wobei die erneute Trennung vom Eigentum die Servitut aber nicht wiederherstellte.

Die Servituten konnten auch durch Untergang des Objekts aufgelöst werden. Dies war zum einen in körperlicher Hinsicht möglich, indem das belastete Grundstück durch eine wesentliche Veränderung, eine ganz andere Bestimmung erhielt, oder in juristischer Hinsicht, wenn das Grundstück dem Verkehr entzogen worden war.

Der Untergang des Subjekts führte ebenfalls zur Beendigung der Servitut. Wenn dieses wieder hergestellt wurde, lebte die Servitut wieder auf.³³

Dem Schutz von Realservituten dienten im römischen Recht verschiedene Klagen. Allen voran die actio confessoria und die actio negatoria.³⁴ Die Art der Klage hing von der Art der Servitut ab. Bei den positiven Servituten diente die actio confessoria dem Schutz der Servitut, die actio negatoria dem Schutz der Freiheit des Eigentums. Bei den negativen Servituten war genau das Gegenteil der Fall. Die actio negatoria war die Servitutsklage, die confessoria hingegen die Eigentumsklage.³⁵ Aktivlegitimiert war nicht nur der Eigentümer des Subjekts der Servitut, sondern u.a. auch derjenige, dem die Servitut bloss tradiert war, sowie auch der Ersitzer. Passivlegitimiert war derjenige, der den Kläger an der Ausübung der Servitut hinderte.³⁶ Dies konnte neben dem Eigentümer des Objekts der Servitut auch jeder Dritte sein. Dem Kläger oblag die Beweislast des Eigentums am Subjekt der Servitut

³¹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 399 f.

³² Pandekten (o. Anm. 6.), S. 400 f.

³³ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 402.

³⁴ Institutionen (o. Anm. 24.), S. 67; Pandekten (o. Anm. 6.), S. 403 ff.

³⁵ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 405.

³⁶ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 404.

bzw. am praedium dominans. Obwohl eigentliche usucapion nicht möglich war, stand auch noch die actio publicana zur Verfügung.³⁷ Daneben bestanden auch noch possessorische Rechtsmittel in Form von Interdikten, z.B. das sog. interdictum uti possidetis für die positiven servitutes praediorum urbanorum. Auch für einige servitutes praediorum rusticorum waren solche Rechtsmittel aufgestellt. Für Wegrechte galt beispielsweise das interdictum de itinere actuque privato.³⁸ Für den Schutz von Wasserrechten galt u.a. das interdictum de aqua quotidiana.³⁹ Ein besonderes Rechtsinstitut stellte auch noch die operis novi nuntiatio dar, welche als eine Art vorsorgliche Massnahme diente, wenn der Kläger einem Andern einen Bau oder ein sonstiges Werk über die gewöhnliche actio confessoria bzw. negatoria verbieten wollte, und die Ausführung des Baus bis zum Prozessausgang gestoppt werden sollte.⁴⁰

Die Konstituierung von Realservituten aufgrund eines dringenden Bedürfnisses, wie etwa demjenigen der Landwirtschaft, oder weil ein bestimmter Grundeigentümer beispielsweise einen Weg gebrauchte, um sein Grundstück zu nutzen, war – wie aus dem transkribierten Text von Keller hervorgeht – den Römern im Gegensatz zur schweizerischen Praxis gänzlich unbekannt. Dies galt ebenso für die sogenannten Wechselservituten, welche gemäss Keller von den Schweizer Richtern regelmässig bejaht wurden. So wird von ihm das Beispiel angeführt, dass aus der Verpflichtung, Wasser abzunehmen, manchmal automatisch das Recht angenommen wurde, dasselbe auch zu empfangen.

Das Weiderecht und auch das Recht, Holz zu schlagen hatte im römischen Recht eine nur sehr geringe Bedeutung, weil das Bedürfnis einer Regulation öffentlicher Weiden und Wälder wohl noch nicht so ausgeprägt vorhanden war. Ihre genauere Ausbildung erfolgte erst später im germanischen Recht.⁴¹ Das in der schweizerischen Praxis weit verbreitete Recht, auf dem Grundstück eines anderen Bäume zu pflanzen, war nach einem weiteren Vergleich von Keller, dem römischen Recht ebenfalls völlig fremd.

³⁷ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 406 ff.

³⁸ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 410 f.

³⁹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 411.

⁴⁰ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 414 ff.

⁴¹ Pandekten (o. Anm. 6.), S. 367.

Sylvie Guichard*
Sarah Scholl**

De la liberté collective du culte à la liberté individuelle de conscience dans les constitutions suisses du XIX^{ème} siècle.

« ... on ne doit pas se contenter d'opposer de façon stérile une cause à une autre, un fait à un fait : il s'agit d'explorer la perception contemporaine des possibilités et des impossibilités et d'évaluer les limites de cette perception. »

Pocock, Vertu, commerce et histoire

Introduction

La liberté de conscience est consacrée dans la Constitution suisse en 1874. Elle offre alors un nouveau cadre de gestion de la diversité confessionnelle¹. Si seules les croyances religieuses et non les convictions philosophiques étaient alors dans la ligne de mire des législateurs, les usages juridiques du terme de conscience ont été progressivement étendus. De plus, le champ d'application de cette liberté est aujourd'hui débattu. Pour mieux mesurer les enjeux de sa sécularisation, il est nécessaire de revenir sur la genèse de cette formulation et sur son contexte.

Historiquement, la terminologie de « liberté de conscience », telle qu'en hérite la Constitution suisse, est issue directement du champ religieux. La liberté de conscience « associée à celle de 'sujet' jugeant et agissant de sa propre autorité » a été cristallisée « sous la plume de Luther (*Gewissensfreiheit*) et de Calvin (conscience) [...] »². Cette conscience, telle que conçue par

* Maître d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Boursière du Fonds national suisse pour la recherche scientifique et chargée d'enseignement à la faculté de théologie de l'Université de Genève.

¹ Selon le recensement de 1870, la population de la Suisse s'élève à presque 3 millions d'habitants parmi lesquels il y a 58,7% de protestants, 40,2% de catholiques, 0,7% de « juifs et autres ». En 1880, les juifs sont comptabilisés spécifiquement, ils sont 7373 (les chiffres pour 1870 et 1880 se trouvent dans : Bureau fédéral de statistique, *Eidgenössische Volkszählung vom 1. Dezember 1880 / Recensement fédéral du 1er décembre 1880*, t. I, Bern, Orell Füssli, 1881, p. 275).

² Dominique Avon, « Liberté religieuse, liberté de conscience. Un angle de saisie de la problématique de la conversion au XX^{ème} siècle », in Béatrice Bakhouché *et al.* (éds), *Dynamiques de conversion, modèles de résistance. Approche interdisciplinaire*, Turnhout, Brepols, 2012, p. 101-116, citation p. 102.

les Réformateurs, est entièrement soumise à Dieu. C'est un concept théologique. En tant que notion protégée par le droit, la liberté de conscience 'conscientia libera' apparaît dans les paix de Westphalie de 1648³. Elle permet aux individus de rester d'une confession autre que celle du prince, ou de s'y convertir mais de manière privée. Cela n'implique pas le droit de tenir un culte public. Les religions minoritaires ne sont que tolérées dans cette perspective mais la liberté gagne en force. Chez Locke, bien que fortement défendue, la liberté de religion est encore assujettie de restrictions pour certaines croyances ou opinions jugées dangereuses pour la société, tel l'athéisme⁴. Avec les Lumières puis les Révolutions américaines et françaises s'opère une nette laïcisation du politique et du droit. Dans la philosophie politique, l'idée de conscience renforce son indépendance du religieux. La liberté de conscience devient le droit de l'individu de choisir son système de valeurs et des principes qui guident son existence, ainsi que de pouvoir en changer, de pouvoir y adhérer publiquement et y conformer ses actes.

Cette évolution se perçoit en Suisse à travers l'histoire constitutionnelle du XIXe siècle. Elle implique une série de renversements très importants dans la logique de gestion de la diversité religieuse héritée des siècles précédents, puisque le modèle suisse est jusqu'à la première moitié du XIXe celui d'une liberté de culte pour les religions reconnues (d'Etat), d'abord chacune sur un territoire donné (commune ou canton), puis à l'échelle nationale.

Cette contribution analyse le passage d'une garantie du « libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues », tel qu'énoncé dans la Constitution de 1848, à la proclamation d'une liberté de conscience et de croyance générale dans la constitution de 1874 (spécifiée en plus de la liberté de culte qui demeure). Quelles sont les raisons, mais surtout les implications de ce changement voté en plein *Kulturkampf*? C'est-à-dire dans un contexte où un catholique ne peut pas débattre de la liberté de conscience et de croyance sans affirmer son droit à promouvoir l'intransigeance doctrinale de la papauté, et où un radical anticlérical ne peut pas promouvoir une telle liberté sans débattre des conditions de sa réalisation en terrain catholique.

Notre hypothèse est que les articles 49 à 53 de la Constitution de 1874⁵ sont le fruit d'un compromis, certes défavorable aux catholiques, mais moins

³ Martin Hilti, « Die Schweiz im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert: Die Gewissensfreiheit im Lichte aufklärerischen Gedankenguts », in Silvia Arlettaz, René Pahud de Mortanges, Daniel Tröhler, Andreas Würigler et Simone Zurbuchen, *Menschenrechte und moderne Verfassung*, Genève, Slatkine, 2012, p. 61-78.

⁴ John Locke, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris, GF Flammarion, [1686] 2007, p. 206.

⁵ Article 49. La liberté de conscience et de croyance est inviolable.

qu'il aurait pu l'être. Compromis qui place l'individu au centre en lieu et place de la communauté et de la confession religieuse, prenant acte d'un besoin important de laïcisation des institutions helvétiques. La Constitution de 1848 a initié ce déplacement du sujet de la liberté, qui s'appliquait auparavant à la collectivité, et dont l'individu devient porteur⁶. Ce mouvement demeurait pourtant inachevé sur les questions religieuses et se parachève dans la constitution de 1874 principalement avec l'introduction de l'article 49.

Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir des peines, de quelque nature qu'elles soient, pour cause d'opinion religieuse.

La personne qui exerce l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus.

L'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse, quelles qu'elles soient.

Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique.

Nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est spécialement affecté aux frais proprement dits du culte d'une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas. L'exécution ultérieure de ce principe reste réservée à la législation fédérale.

Article 50. Le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs.

Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiétements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'État.

Les contestations de droit public ou de droit privé auxquelles donne lieu la création de communautés religieuses ou une scission de communautés religieuses existantes, peuvent être portées par voie de recours devant les autorités fédérales compétentes.

Il ne peut être érigé d'évêchés sur le territoire suisse sans l'approbation de la Confédération.

Article 51. L'ordre des Jésuites et les sociétés qui lui sont affiliées ne peuvent être reçus dans aucune partie de la Suisse, et toute action dans l'Église et dans l'école est interdite à leurs membres.

Cette interdiction peut s'étendre aussi, par voie d'arrêté fédéral, à d'autres ordres religieux dont l'action est dangereuse pour l'État ou trouble la paix entre les confessions.

Article 52. Il est interdit de fonder de nouveaux couvents ou ordres religieux et de rétablir ceux qui ont été supprimés.

Article 53. L'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent est du ressort des autorités civiles. La législation fédérale statuera à ce sujet les dispositions ultérieures.

Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décemment (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, in Alfred Kölz, *Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Von 1848 bis in die Gegenwart*, Berne, Stämpfli, 1996, p. 166-168).

⁶ Victor Monnier, « Les origines de l'article 2 de la Constitution fédérale de 1848 », *ZSR/Revue de droit suisse*, 4, 1998, p. 415-490.

Cette contribution reprend et problématise, de manière chronologique, les différentes étapes de l'élaboration de cette liberté de conscience et de croyance en Suisse.

La République helvétique et la Régénération

Dans les cantons confédérés règne jusqu'à la fin du XVIIIe l'obligation d'adhérer à l'Eglise d'Etat ou *Glaubenszwang*⁷. L'invasion de la Suisse par la France en 1798⁸ conduit à un tournant dans l'histoire nationale et dans la perception de la question religieuse⁹. En effet, l'acte fondateur de la République helvétique (1798-1803), qui abolit la structure d'Etat confédéral et instaurer le modèle républicain unitaire, précise dans son article 6:

*La liberté de conscience est illimitée ; la manifestation des opinions religieuses est subordonnée aux sentiments de la concorde et de la paix. Tous les cultes sont permis s'ils ne troublent point l'ordre public et n'affectent aucune domination ou prééminence. La police les surveille et a le droit de s'enquérir des dogmes et des devoirs qu'ils enseignent. Les rapports d'une secte avec une autorité étrangère ne doivent influer ni sur les affaires politiques, ni sur la prospérité et les lumières du peuple*¹⁰.

Pour la première fois dans l'histoire suisse, la liberté de conscience jouit d'une protection 'illimitée'. La liberté de manifester ses opinions religieuses est quant à elle relative, puisqu'elle est subordonnée à des motifs d'intérêts public et qu'elle ne doit pas mettre en péril la paix confessionnelle¹¹. Alfred Kölz souligne la tendance anticléricale de cette Constitution « puisque, pour ainsi dire, elle invite elle-même la police à s'informer sur les dogmes et les devoirs enseignés par le Eglises : ce qu'elle prévoit ici, ce n'est rien moins qu'un contrôle de l'Etat visant à assurer le primat de l'idéologie rationaliste des Lumières par rapport aux doctrines des Eglises. L'exclusion des ecclé-

⁷ Martin Hilti, *op cit.*, p. 63; Paul Steiner, *Die religiöse Freiheit und die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates*, Berne, Verlag Haupt, 1976, p. 13 et suivantes.

⁸ Alfred Rufer, *La Suisse et la Révolution française*, Paris, Société des études Robespierriennes, 1973, p. 65-70.

⁹ Sur la liberté de religion au moment de la République helvétique, voir Andreas Kley et Esther Tophinke, « Religionsfreiheit zur Zeit der Helvetik », *Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht*, 5, 2000, p. 73-100; Martin Hilti, *op cit.*; Paul Steiner, *op cit.*

¹⁰ Art. 6 de la Constitution de la République helvétique du 12 avril 1798, in Alfred Kölz, *Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne, Stämpfli, 1992, p. 127.

¹¹ Tristan Zimmermann, « L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse », *Commentationes Historiae Iuris Helvetica* 8 : 2012, p. 9-82.

siastiques du droit de vote et des charges politiques, prévues au titre troisième, sert le même objectif »¹².

Mais l'invasion française ne parvient pas à garantir la stabilité intérieure de la République helvétique. Divers coups d'état se succèdent et plusieurs projets de constitutions voient le jour¹³. Finalement en 1802, une nouvelle constitution est adoptée, plus fédérale que la première¹⁴. En matière religieuse, ce texte précise dès son premier article que :

*La Religion chrétienne, dans les communions catholique et réformée, est la Religion de l'Etat*¹⁵.

Cette Constitution ne consacre ni la liberté de conscience ni la liberté de religion, mais elle autorise toutefois « l'exercice des cultes en harmonie avec l'ordre social, autres que le catholique et le réformé [...] dans les limites posées par la Loi. »¹⁶ Cette constitution bien que formellement entrée en vigueur en 1802 ne sera jamais appliquée. En effet, suite au retrait des troupes françaises, la situation politique devient instable et Bonaparte rétablit l'ordre par l'Acte de médiation.

L'Acte de médiation de 1803 ne prévoit que des compétences fédérales très réduites et les libertés personnelles y sont traitées de manière lacunaire. C'est donc dans les constitutions cantonales qu'il faut chercher les libertés ayant trait à la religion. Plusieurs d'entre elles contiennent effectivement la

¹² Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 118.

¹³ Voir Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol I, Neuchâtel, Editions ides et calendes, 1967, p. 6-7.

¹⁴ Cette constitution, la première soumise au vote du peuple dans l'histoire constitutionnelle suisse est refusée par une majorité des votants (92'423 non contre 72'453 oui), mais néanmoins adoptée, car les 167'172 abstentions sont comptabilisées comme acceptantes (Carl Hilty, *Les Constitutions fédérales de la Confédération suisse*, Neuchâtel, 1891, p. 347, voir aussi Victor Monnier, *op. cit.*, p. 445).

¹⁵ Art. 1 de la seconde Constitution helvétique du 20 mai 1802, in Carl Hilty, *op. cit.*, p. 347.

¹⁶ Cette constitution précise ensuite :

Art. 61. L'entretien des cultes catholique et réformé, est seul à la charge de l'administration publique. En conséquence chaque Canton pourvoit à l'entretien du culte et de ses Ministres par le produit des Dimes et des Censes nationales, qui lui sont abandonnées à cet effet, ou à défaut par une assignation spéciale et suffisante de revenus.

Art. 62. Les biens ecclésiastiques ne peuvent être affectés qu'à l'entretien d'établissements religieux, d'instruction publique ou de bienfaisance.

Art. 63. Ils ne sont aliénés ni détournés de leur destination présente sans l'autorisation d'une Loi rendue par la Diète. (Seconde Constitution helvétique du 20 mai 1802, in Carl Hilty, *op. cit.*, p. 355).

liberté des cultes, mais celle-ci ne s'applique qu'aux Eglises catholiques et protestantes¹⁷.

En 1815, le Pacte fédéral remplace l'Acte de médiation, mais ce pacte ne garantit pas non plus la liberté religieuse. Son but est surtout de redonner leur pleine liberté aux cantons qui pour certains renoncent à la liberté de culte, inscrivant à l'inverse dans leur constitution le retour au principe de l'unité confessionnelle. Les cantons mixtes d'un point de vue confessionnel adoptent toutefois des normes cherchant à garantir la paix religieuse¹⁸.

Puis, entre 1830 et 1848, durant la période dite de la Régénération qui s'étend de fin de la Restauration à la fondation de l'Etat fédéral, plusieurs cantons introduisent soit la liberté de conscience, soit la liberté de croyance, soit la liberté de culte dans leur constitution¹⁹.

Ces premiers éléments de libéralisme non seulement n'empêchent pas l'augmentation des tensions liées aux questions religieuses, mais renforcent les désaccords entre cantons libéraux ou radicaux (protestants ou mixtes) et cantons catholiques conservateurs. Ces tensions culminent dans la guerre contre le *Sonderbund*, l'alliance des sept cantons de Lucerne, Uri, Schwytz, Unterwald, Zoug, Fribourg et du Valais pour la défense de leur souveraineté cantonale et du catholicisme (affaires des couvents et des jésuites)²⁰. La problématique religieuse, telle qu'elle se met en place en Suisse à ce moment-là est un effet secondaire de la centralisation et des mouvements de population à l'intérieur du territoire, mais elle découle aussi des débats internes à chaque canton, suscité par les anticléricaux et les libres penseurs. De la victoire des forces radicales naît un nouvel élan constitutionnel.

Constitution de 1848

Le 23 décembre 1847, seulement quelques semaines après la fin de la guerre du Sonderbund, les libéraux et les radicaux réitèrent leur demande pour une nouvelle constitution fédérale qui remplace le Pacte de 1815. La tâche de préparer cette nouvelle constitution est confiée à une commission spéciale de 23 membres libéraux, libéraux conservateurs, et radicaux. La commission

¹⁷ Tristan Zimmermann, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁸ Tristan Zimmerman, *op. cit.*, p.31-34.

¹⁹ Voir Jean-François Aubert, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Berne, Francke éditions, 1979, p. 112; Eduard His, *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechets*, vol III, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1938, p. 543; pour une analyse détaillée par cantons, voir Paul Steiner, *op. cit.*

²⁰ René Roca, « Sonderbund », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, 2013 : <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F17241.php>.

réunit des représentants de tous les cantons sauf Appenzell Rhodes-Intérieur et Neuchâtel qui refusent d'y prendre part²¹.

Selon Ruffieux, « protéger la liberté et les droits des Confédérés » était un des buts de la constitution de 1848. « Les constituants ont cherché à résoudre des problèmes contemporains en complétant des constitutions cantonales parfois très développées sur ce point. L'exemple le plus typique en est la liberté d'établissement, qui, en autorisant chaque Confédéré [de foi chrétienne²²] à s'installer sur n'importe quel point du territoire, lui garantit l'exercice des droits essentiels, y compris les droits politiques que le projet de 1833 refusait encore. Cette reconnaissance est destinée à créer un sentiment de communauté et d'égalité d'où sortira, estime-t-on, la 'nation suisse'. Pour se réaliser, celle-ci a également besoin de supprimer des discriminations gênantes : tel est le sens de la reconnaissance de la liberté de culte, de la liberté d'association et de l'intégration des *heimatlosen*. »²³

L'article 44 de cette constitution énonce que :

Le libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues est garanti dans toute la Confédération.

*Toutefois les cantons et la Confédération pourront toujours prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions*²⁴.

Cependant, aucune garantie n'existe pour les confessions autres que chrétiennes et la liberté de conscience et croyance n'est pas intégrée dans la constitution. On peut toutefois noter que bien que la proposition de la commission pour l'article 44 est acceptée sans changement, elle fait face à plusieurs demandes de

²¹ Oliver Zimmer, *A Contested Nation. History, Memory and Nationalism in Switzerland, 1761-1891*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 132-133.

²² L'article 41 de la Constitution de 1848 (« La Confédération garantit à tous les Suisses de l'une des confessions chrétiennes, le droit de s'établir librement dans toute l'étendue du territoire suisse ...») et sa restriction de la liberté d'établissement aux citoyens suisses de foi chrétienne cause un vif débat à la Diète. Le délégué d'Aarau, canton où réside avant 1847, la plupart des Juifs suisses dans les communes d'Endingen et de Lengnau, recommande que la qualification religieuse soit abandonnée. Genève, Neuchâtel, Vaud et Berne soutiennent cette proposition. Les délégués catholiques et les politiciens libéraux des cantons protestants, notamment de Zurich et de Thurgovie, s'y opposent. Les tentatives de réviser l'article 41 échouent dans seize votes successifs (Oliver Zimmer, *op. cit.*, p. 133).

²³ Roland Ruffieux, « La Suisse des Radicaux, 1848-1914 », in Georges Andrey *et al.*, *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, Lausanne, Payot, p. 599-682, 1998, p. 603. Sur la Constitution de 1848 et l'évolution de la notion de liberté individuelle, voir également Victor Monnier, *op. cit.*

²⁴ Art. 44 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, in Alfred Kölz, *Quellenbuch...*, 1992, p. 463.

modifications. Le délégué du canton d'Aarau notamment propose un article plus large, en ces termes : « La liberté de conscience et de croyance, ainsi que le libre exercice du culte est garanti dans toute la Confédération » (notre traduction)²⁵. Cette formulation ne récolte toutefois que cinq voix favorables²⁶.

Comme on le voit avec l'article 44, la Constitution de 1848 interdit la discrimination entre courants chrétiens, mais elle ne s'exclut pas toute inégalité de traitement, voire de discrimination fondée sur l'appartenance religieuse. Cela se confirme avec l'article 48, selon lequel,

*Tous les cantons sont obligés de traiter les citoyens de l'une des confessions chrétiennes ressortissant des autres Etats confédérés comme ceux de leur Etat, en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques*²⁷.

Cette nouvelle égalité devant la loi ne s'applique donc qu'aux chrétiens, ce qui est également le cas, comme nous l'avons vu, de la liberté d'établissement et de la liberté de culte. Ainsi, les Suisses non-chrétiens, qui étaient principalement de confession juive, ne jouissent « ni de la liberté des cultes, ni de la liberté d'établissement, ni de l'égalité de traitement »²⁸. Par ailleurs, l'article 58 de la constitution exclut également l'ordre des Jésuites. Cet article représente « une restriction à la liberté du culte catholique sur le territoire suisse. [...] Quant à l'art 64, il énonce qu'est éligible comme membre du Conseil national tout citoyen suisse laïque et ayant droit de vote, instituant par voie de conséquence une discrimination à l'encontre des ecclésiastiques »²⁹.

La constitution de 1848, qui avait entre autres pour tâche de stabiliser la paix entre des cantons catholiques et protestants, ne constitue donc qu'un pas vers la liberté de religion. Il est toutefois clair qu'au lendemain de la guerre du Sonderbund, « la volonté du constituant s'est davantage concentrée sur la sauvegarde de la paix religieuse que sur la consécration d'un droit individuel à la liberté religieuse »³⁰. A ce propos, Kölz remarque que « [d]urant les dis-

²⁵ «Die Gewissens- und Glaubensfreiheit, sowie die freie Ausübung des konfessionellen Gottesdienstes im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft ist gewährleistet », cité dans Walther Burckhardt, *Kommentar der Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1905, p. 478.

²⁶ Walther Burckhardt, *op. cit.*, p. 478.

²⁷ Art. 48 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, in Alfred Kölz, *Quellenbuch...*, 1992, p. 464.

²⁸ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol II, Les droits fondamentaux, Berne, Stämpfli, 2013, p. 216.

²⁹ Tristan Zimmermann, *op. cit.*, p. 45.

³⁰ Tristan Zimmermann, *op. cit.*, p. 43, voir aussi Peter Karlen, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zurich, Schulthess, 1987, p. 37. Un tel droit existait à Zurich, Bâle-Campagne, Glaris et Berne (Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 644, voir aussi Paul Steiner, *op. cit.*).

cussions de la commission de la Diète, les propositions visant à protéger la paix religieuse et à préserver l'ordre public obtinrent toujours plus de voix que les propositions libérales. C'est ainsi que dans l'avant-projet de la commission du 3 avril 1848, on ne garantissait que la libre pratique 'des confessions chrétiennes reconnues', en réservant aux cantons le droit de prendre des mesures visant à maintenir l'ordre public et la paix entre les confessions. Dans le projet final du 8 avril, on accorda en plus à la Confédération le droit de prendre des mesures de police ; la Diète décida enfin de ne garantir que le libre exercice 'du culte' des confessions chrétiennes reconnues, sous réserve des mesures de police susmentionnées. »³¹

Révision de la Constitution fédérale de 1866

L'article 41 de la Constitution fédérale de 1848 réserve la liberté d'établissement aux seuls Suisses de confession chrétienne. Toutefois, en 1864, un traité de commerce et d'établissement conclu entre la Suisse et la France permet notamment la liberté d'établissement des citoyens des deux Etats. Cela implique que les juifs de nationalité française, qui avaient, en France, depuis 1791, le même statut que les chrétiens, pouvaient désormais librement s'établir où ils le désiraient sur le territoire suisse, alors que les environ 4000 juifs de nationalité suisse ne le pouvaient pas. « Cette situation fut considérée comme injuste et insoutenable et le sentiment public fut bientôt qu'en matière d'établissement la Constitution fédérale devait être amendée dans le sens de l'égalité des juifs et des chrétiens. »³² Le Conseil fédéral réagit et le 1^{er} juillet 1865 il adresse à l'Assemblée fédérale un message et un projet qui assure notamment aux juifs l'égalité de traitement en biffant les mots « des confessions chrétiennes » aux articles 41 et 48 de la Constitution³³. L'Assemblée fédérale propose huit autres modifications dont celle de l'article 44 concernant la liberté de culte qui est présentée comme « découlant de l'extension de droit qui a été accordée dans les articles 41 et 48 révisés de la constitution »³⁴. La proposition de révision étend donc comme suit la garantie de la Constitution de 1848 :

Art. 44 Le libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues, ainsi que de toute autre communauté religieuse, dans les limites de la morale et de l'ordre public, est garanti dans toute la Confédération.

Toutefois les Cantons, etc...

³¹ Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle...*, 2006, p. 644-645.

³² Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 474.

³³ FF 1865 III 35-63.

³⁴ FF 1865 III 46.

Déjà effective dans plusieurs cantons, principalement les cantons protestants et urbains, la liberté de conscience et de culte est comprise par ses promoteurs comme une conséquence logique et incontournable de la liberté d'établissement et de l'égalité entre les citoyens suisses, à l'image de l'appel de la *Gazette de Lausanne* (29.12.1865) :

Que servirait d'avoir, dans l'art 41 de la Constitution fédérale, garanti à tous les Suisses le droit de s'établir dans toute l'étendue du territoire de la Confédération s'ils avaient à craindre, par exemple en Appenzell, que leurs enfants fussent baptisés de force et élevés dans une confession qui n'est pas la leur, ou qu'on les obligeât à pratiquer leur culte en cachette pour ne pas être soumis à des pénalités rigoureuses comme cela s'est vu chez nous et peut se reproduire encore dans les cantons où une liberté religieuse pleine et entière n'est pas admise?

En 1865, le Conseil fédéral décrit l'octroi de la liberté de culte comme une « nécessité logique » qui découle de la généralisation du droit d'établissement³⁵. La Commission parlementaire ainsi que le plénum suivent cette argumentation. La *Neue Zürcher Zeitung* considère l'article concernant la religion comme le plus important parmi les propositions de révision³⁶. Le journal s'attache à réfuter les reproches à cet article en clarifiant que l'enseignement religieux ne serait pas automatiquement supprimé, mais du ressort des cantons ; que les cantons ne seraient pas contraints à introduire le mariage civil ; et que l'existence des Eglises nationales cantonales (kantonal-er Landeskirchen) n'était pas remise en question³⁷.

Au moment du vote, plusieurs cantons avaient d'ailleurs déjà introduit ce droit fondamental dans leur constitution. Toutefois, lors de la votation du 14 janvier 1866, parmi les neuf projets d'amendement soumis au peuple, le seul qui récolte une majorité de voix est celui qui étend aux juifs suisses les droits conférés aux juifs français. La reconnaissance de la liberté de culte et de croyance aux communautés non chrétiennes (art. 44) est rejetée par 51 pourcent du peuple (162,992 voix contre 157,629³⁸) et par onze cantons³⁹.

³⁵ FF 1865 III 46.

³⁶ NZZ du 23.12.1865 cité dans Christian Bolliger, «Die Glaubens und Kultusfreiheit bleibt den Christen vorbehalten», in Wolf Linder, Christian Bolliger et Yvan Rielle, *Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848 bis 2007*, Berne, etc. Haupt Verlag, 2010, p. 26-27, citation p. 27.

³⁷ Christian Bolliger, *ibidem*.

³⁸ FF 1866 I 117-126.

³⁹ Il a été accepté dans 11 cantons (Zurich, Glaris, Fribourg, Soleure, Bale, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Neuchâtel et Genève) et rejeté par 11 cantons (Berne, Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwald, Zug, Schaffhouse, Appenzell, St. Gall, Grisons et Valais) (FF 1866 I 117-126).

Selon Bolliger, la question de l'octroi de la liberté de conscience et de croyance générale a pourtant attiré peu d'attention au moment du vote⁴⁰.

Analysant les résultats, l'éditorialiste du *Journal de Genève* (25.01.1866) conclut à un échec de circonstance, dû à une « coalition d'intérêts et de passions » ayant peu à faire avec la question posée : « [...] ce rejet ne saurait pas plus arrêter, au point où nous en sommes, le développement et le triomphe de la liberté de conscience en Suisse, que les canonistes du XVI^e siècle n'ont empêché la terre de tourner. Nous aurons pour nous l'argument de Galilée, si nous continuons à avoir contre nous trois ou quatre mots fâcheux de la Constitution de 1848. »

Projet de constitution refusé par le peuple en 1872

L'idée d'un droit nécessaire et de la « mise en harmonie avec les besoins de notre époque » est reprise par le Conseil fédéral en 1870 pour rouvrir un cycle de révision de la Constitution⁴¹. Concernant les « rapports confessionnels », le *Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale touchant à la révision de la constitution fédérale* affirme que la votation de 1866 contre la liberté de conscience « [...] était une défaite, mais la minorité ressemblait tellement à une majorité, que le principe qu'elle représentait devait finir par triompher. » Le message fait ensuite une analyse intéressante du rapport historique des Suisses à la liberté de conscience :

*Il ne faut pas oublier que si la Suisse est le pays de la liberté politique, la liberté religieuse a toujours été chez elle fort limitée par la loi et les usages. Depuis le schisme religieux, notre pays a été déchiré par plus d'une lutte sanglante entre les confessions, et les querelles entre l'Etat et l'Eglise sont restées jusqu'à ce jour l'aliment quotidien des hommes de parti. L'idée de la liberté religieuse a pris naissance dans la république américaine ; elle est venue dans la vieille Europe comme un hôte qui inspire beaucoup de défiance, et ce ne sont pas nos vallées qu'elle a visitées tout d'abord. Néanmoins, la votation de 1866 prouve que malgré son origine étrangère elle a su prendre racine chez nous et qu'une notable partie du peuple suisse a acquis la conviction que la liberté politique et la liberté religieuse sont deux sœurs qu'on ne peut pas séparer sans qu'il en résulte un grand dommage pour l'une comme pour l'autre.*⁴²

⁴⁰ Christian Bolliger, « Niederlassungs-, Glaubens- und Kultusfreiheit der Juden : die eidgenössischen Volksabstimmungen von 1866 », in Adrian Vatter, *Vom Schächt-zum Minarettverbot*, Zurich, NZZ Verlag, 2011, p. 48-69, citation p. 53.

⁴¹ FF 1870 II 778.

⁴² FF 1870 II, 801-802.

Bien que conscients du fait que la diversité confessionnelle (la « paix confessionnelle ») a été gérée jusque-là en Suisse par un étroit contrôle politique des appartenances religieuses et des prérogatives ecclésiales – dominé par la règle du *Cuius regio eius religio*, les conseillers fédéraux ont confiance dans la capacité régulatrice du modèle libéral. Pour eux, la liberté religieuse constitue un instrument efficace dans le combat, bientôt appelé *Kulturkampf* selon le terme venu d'Allemagne, contre la toute récente promulgation du dogme de l'infaillibilité pontificale (juillet 1870) et à la publication du Syllabus des erreurs modernes (1864). A ce moment-là, le Conseil fédéral n'envisage pas encore les mesures de police contre les catholiques et leurs évêques mais il préconise la liberté religieuse comme « meilleur moyen d'écartier le danger qui nous menace »⁴³. Le premier alinéa de l'article 44 est alors formulé ainsi : « La liberté de conscience est garantie. » L'expression de liberté de conscience avait été préférée à celle de liberté religieuse « parce qu'elle dit quelque chose de plus que cette dernière », pour reprendre les termes énigmatiques du message du Conseil fédéral⁴⁴. Ce qu'elle dit de plus est que les croyances religieuses sont protégées mais que la possibilité de ne pas croire l'est aussi.

Cette liberté est conçue comme impliquant une nette séparation ou indépendance entre Etat (porteur du droit civil) et Eglise : « Formant un corps dont les membres appartiennent aux confessions religieuses les plus diverses, l'Etat ne peut pas se soumettre aux lois qu'une confession juge convenable de lui donner pour règles. »⁴⁵ En parallèle, le Conseil fédéral prône une pleine liberté de culte : « Il ne doit exister de loi d'exception ni en faveur de l'Eglise ni contre elle. [...] Telle est, d'après l'opinion du Conseil fédéral, la seule manière dont il convienne à un Etat libre de se préparer à la grande lutte que l'Eglise veut entreprendre contre l'Etat. »⁴⁶

Comme en 1866, la question de la liberté religieuse n'est pas au coeur des débats, tant les enjeux sont avant tout ceux de la définition des structures et institutions fédérales de la Suisse⁴⁷. Cette tentative de révision échoue en effet face à « l'opposition conjointe des fédéralistes romands et des conservateurs catholiques le 12 mai 1872 »⁴⁸.

Les années qui suivent sont celles du *Kulturkampf*, avec son cortège de mesures contre la hiérarchie et les ecclésiastiques catholiques romains, prises

⁴³ FF 1870 II 802.

⁴⁴ FF 1870 II, 803.

⁴⁵ FF 1870 II 803.

⁴⁶ FF 1870 II, 805.

⁴⁷ Christian Bolliger, *op. cit.*, 2010, p. 55.

⁴⁸ Tristan Zimmermann, *op. cit.*, p. 47.

pour la plupart au niveau cantonal⁴⁹, ainsi que la naissance de l'Eglise catholique-chrétienne, soutenue par une partie importante des radicaux. Les fronts se crispent encore et, à la faveur de ces nouveaux rapports de force, une autre révision constitutionnelle est mise en chantier.

Révision totale de la Constitution de 1874

La révision de 1874 est moins ambitieuse en matière de droits démocratiques et de centralisation des pouvoirs (en matière militaire, judiciaire et scolaire) mais plus incisive en matière confessionnelle⁵⁰. Le Conseil fédéral dans son message à l'Assemblée fédérale du 4 juillet 1873 affirme avoir dû s'inspirer « des besoins nouveaux qu'ont révélés à la Suisse de récentes expériences dans le domaine ecclésiastique »⁵¹. Le Conseil fédéral conserve l'idée d'élargir le bénéfice de la liberté des cultes à toutes les confessions chrétiennes - reconnues ou pas par les gouvernements cantonaux - et non-chrétiennes. La Confédération se refuserait donc à donner une « position privilégiée à certaines dénominations religieuses et protéger plus spécialement les églises nationales instituées et reconnues dans les Cantons »⁵². Comme dans le projet de 1872, ce retournement doit s'opérer par le biais des libertés individuelles :

L'exercice d'une religion est une émanation de la liberté individuelle au même titre que les autres droits primordiaux de l'individu. Cet exercice ne trouve sa limite que dans l'ordre public et dans les bonnes mœurs. Tout culte qui respecte ces limites a droit, non pas à la tolérance, mais à la protection de l'Etat.

*Le Confédération se place au-dessus des communautés et des dénominations religieuses. Elle n'en reconnaît aucune. Elle ne les connaît que pour protéger leur liberté et pour faire régner la paix entre elles. Elle ne défend ni une confession ni une église. Elle défend l'individu, en lui assurant le respect des croyances et la liberté de conscience.*⁵³

Cette position libérale, partant du droit individuel à la liberté de conscience et de croyance, sera finalement assez peu remise en question dans les débats. Ceux-ci se concentrent presque exclusivement sur les moyens de prévenir les éventuels « empiétements » des Eglises sur la liberté individuelle et

⁴⁹ Peter Stadler, *Der Kulturkampf in der Schweiz. Eidgenossenschaft und katholische Kirche im europäischen Umkreis 1848-1888. Erweiterte und durchgesehene Neuauflage*, Zurich, Chronos, 1996.

⁵⁰ Tristan Zimmermann, *op. cit.*, p. 49

⁵¹ FF 1873 II 910.

⁵² FF 1873 II 911.

⁵³ FF 1873 II 911.

les droits civils. Sur cette question, le Conseil fédéral se montre soucieux de réciprocité : « [la Constitution fédérale] garantit le citoyen d'une part contre les atteintes qu'une église voudrait porter à sa liberté individuelle, et de l'autre contre les empiétements que la législation ou le pouvoir politique d'un Canton se permettrait sur le domaine de sa conscience. »⁵⁴ Il propose un alinéa à l'article 49 ainsi formulé : « Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires [...] contre les empiétements réciproques du domaine civil et du domaine religieux »⁵⁵. Celui-ci est biffé par la Commission du Conseil national, qui met en discussion un projet beaucoup plus sévère envers l'Eglise catholique, spécialement en l'article 49 et ses alinéas⁵⁶.

⁵⁴ FF 1873 II 911.

⁵⁵ Assemblée fédérale, *Procès-verbaux des délibérations des Chambres fédérales relativement à la révision de la Constitution fédérale : 1873-1874*, Berne, Impr. K.-J. Wyss, 1877, p. 133.

⁵⁶ Nous présentons ci-dessous l'évolution des propositions concernant l'article 44 de la constitution de 1866 qui devient **article 49** dans le projet de révision (selon le tableau dans Assemblée fédérale, *ibid.*, pp. 62-67).

Constitution de 1848

Le libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues est garanti dans toute la Confédération.

Toutefois les Cantons et la Confédération pourront toujours prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions.

Projet du 5 mars 1872

Le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs.

Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions, ainsi que contre les empiétements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'Etat.

Proposition du Conseil fédéral du 4 juillet 1873

Dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs, chacun professe sa religion avec la même liberté et obtient pour son culte la même protection.

Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiétements réciproques du domaine civil et du domaine religieux.

On peut recourir auprès de la Confédération des décisions des Cantons sur les contestations de droit public ou de droit privé auxquelles donne lieu la création de communautés religieuses nouvelles ou une scission de communautés religieuses existantes.

Il ne peut être érigé d'évêchés sur le territoire suisse sans l'approbation de la Confédération.

Commission du Conseil national, 28 septembre 1873

Le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs.

Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiétements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'Etat.

Les contestations de droit public ou de droit privé auxquelles donnent lieu la création de communautés religieuses nouvelles ou une scission de communautés religieuses existantes peuvent être portées par voie de recours devant les autorités fédérales compétentes.

Il ne peut être érigé d'évêchés sur le territoire suisse sans l'approbation de la Confédération.

La Confédération ne reconnaît aucun représentant permanent d'un pouvoir ecclésiastique étranger.

Article 49b. La juridiction ecclésiastique est abolie.

Article 49c. Les fonctions ecclésiastiques ne pourront être exercées sans la présentation d'un certificat d'études.

En cas de nécessité, la Confédération est autorisée à édicter, par voie législative, les prescriptions nécessaires à ce sujet.

Article 49d. L'ordre des Jésuites et les sociétés qui lui sont affiliées ne peuvent être reçus dans aucune partie de la Suisse et toute action de l'Eglise et dans l'Ecole est interdite à leur membres.

Cette interdiction peut s'étendre aussi, par voie d'arrêté fédéral, à d'autres ordres religieux.

Article 49e. Il est interdit de fonder des couvents ou des ordres religieux ou de rétablir ceux qui ont été supprimés.

Les couvents et les ordres religieux existants ne peuvent plus recevoir de novices ou de nouveau membres.

L'autorité fédérale et l'autorité cantonale ont libre accès dans les couvents, ainsi que dans les maisons et établissements des corporations religieuses.

Article 49f. Il ne peut être pris de mesures interdisant le travail que pour les dimanches et dix autres jours de l'année.

Article 49g. L'état civil et tout ce qui s'y rapporte est du ressort des autorités civiles. Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée dans la commune soit enterrée décentement.

Commission du Conseil des Etats, 28 octobre 1873

Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiétements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'Etat.

Les contestations de droit public ou de droit privé auxquelles donnent lieu la création de communautés religieuses nouvelles ou une scission de communautés religieuses existantes, peuvent être portées par voie de recours devant les autorités fédérales compétentes.

Il ne peut être érigé d'évêchés sur le territoire suisse sans l'approbation de la Confédération.

La Confédération ne reconnaît aucun représentant permanent d'un pouvoir ecclésiastique étranger.

Article 49b. La juridiction ecclésiastique est abolie.

Article 49c. A supprimer.

Le Conseil national débat des articles 48⁵⁷ et 49 conjointement. Les discussions se prolongent durant 3 jours, lors de séances allant du 25 novembre

Art. 49d. L'ordre des Jésuites et les sociétés qui lui sont affiliées ne peuvent être reçues dans aucune partie de la Suisse, et toute action dans l'Eglise et dans l'école est interdite à leurs membres.

Cette interdiction peut s'étendre aussi, par voie d'arrêté fédéral, à d'autres ordres religieux qui seraient convaincus d'actes compromettant la sûreté de l'Etat ou troublant la paix entre les confessions.

Article 49e. Il est interdit de fonder des couvents ou des ordres religieux ou de rétablir ceux qui ont été supprimés.

Article 49f. A supprimer.

Article 49g. L'état civil et la tenue des registres y relatifs est du ressort des autorités civiles.

Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée dans la commune soit enterrée décentement.

⁵⁷ Nous présentons ci-dessous l'évolution des propositions concernant l'article 48 (Assemblée fédérale, *ibid.*, p. 62-65).

Constitution de 1848

[cet article n'existe pas]

Projet du 5 mars 1872

La liberté de conscience et de croyance est inviolable.

Nul ne peut être inquiété dans l'exercice de ses droits civils ou politiques pour causes d'opinion religieuse, ni être contraint d'accomplir un acte religieux, ou encourir des peines à ce sujet.

Nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est spécialement affecté aux frais proprement dits du culte d'une confession ou d'une association religieuse à laquelle il n'appartient pas.

Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique.

Proposition du Conseil fédéral du 4 juillet 1873

La liberté de conscience et de croyance est inviolable.

Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, ou d'accomplir un acte religieux.

On ne peut faire dépendre les droits civils et politiques de prescriptions et des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse.

Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique.

Nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est spécialement affecté aux frais proprement dits du culte d'une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas.

Commission du Conseil national, 28 septembre 1873

La liberté de conscience et de croyance est inviolable.

Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir des peines de quelque nature qu'elles soient, pour cause d'opinion religieuse.

La personne entre les mains de laquelle est l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de seize ans révolus.

au 27 novembre 1873. L'emploi des termes conscience et croyance, ainsi que le fait d'utiliser ces deux termes ou uniquement l'un ou l'autre, n'est pas directement abordé lors des débats. Dans une étude parue en 1937, Clerc estime que « [l]a constitution ne garantit la liberté de conscience que dans le domaine religieux : il ressort clairement des travaux préparatoires du Législateur, que les conceptions philosophiques ou politiques ne sont pas visées par l'article 49⁵⁸. Le terme de 'liberté de conscience' a été choisi parce qu'il est plus explicite que celui de 'liberté religieuse': il affirme mieux le droit de l'individu de choisir sa foi ou de ne pas en choisir du tout. »⁵⁹

Les députés catholiques essayent de faire lever les articles dits « d'exception » prévus dans ce projet. Le catholique lucernois Philipp Anton von Segesser joue la carte de la liberté⁶⁰. Il propose par exemple d'entériner le fait que :

« Toute confession ou association religieuse est libre d'organiser ses affaires intérieures comme elle l'entend. » Et qu'il « est loisible à

L'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions, des conditions ou des vœux de nature ecclésiastique ou religieuse, quels qu'ils soient. Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique.

Nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est affecté aux frais du culte d'une confession ou d'une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas. L'exécution ultérieure de ce principe reste réservée à la législation fédérale.

Commission du Conseil des Etats, 28 octobre 1873

La liberté de conscience et de croyance est inviolable.

Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir des peines, de quelque nature qu'elles soient, pour causes d'opinion religieuse.

La personne entre les mains de laquelle est l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de seize ans révolus.

L'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse, quelles qu'elles soient.

Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique.

Nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est affecté aux frais du culte d'une confession ou d'une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas. L'exercice ultérieur de ce principe reste réservée à la législation fédérale.

Dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes moeurs, chacun professe sa religion avec la même liberté et obtient pour son culte la même protection.

⁵⁸ Ici François Clerc cite « C.N. 1871, II, 226 : Le Conseil national rejette la proposition Eytel, tendant à garantir les opinions politiques et religieuses » (François Clerc, *Les principes de la liberté religieuse en droit public Suisse*, Thèse de l'université de Genève, Paris, A. Pedone, 1937, p. 12).

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Sur Segesser, voir Victor Conzemius, *Philip Anton von Segesser*, Paris, Bauchesne, 1991.

toute confession ou association, en outre des ordonnances générales de l'Etat en matière d'état civil, d'astreindre ses membres à observer ses prescriptions particulières ; toutefois les autorités civiles doivent s'abstenir de toute coopération à ce sujet. »⁶¹

Cette perspective, que l'on pourrait qualifier de manière anachronique de communautariste, n'est pas recevable par la majorité des parlementaires qui prennent très au sérieux la menace que constitue à leurs yeux une Eglise catholique intransigeante directement opposée à la démocratisation et à la sécularisation des institutions. L'essentiel des discussions concernent donc les modalités permettant de confiner l'Eglise dans un rôle strictement religieux. Dans un contexte de chrétienté encore très traditionnel, cette entreprise implique nécessairement d'agir sur ce que sont et comment se définissent les communautés religieuses. L'introduction du mariage civil en 1874 en est un bon exemple : en fixant lui-même les règles matrimoniales, l'Etat fédéral enlève à l'Eglise catholique une prérogative qui lui est chère. De plus, du moment que l'Etat lève la plupart des empêchements au mariage⁶², la question se pose de savoir si l'Eglise peut continuer à interdire à ses prêtres de se marier⁶³.

Mais d'autres questions - qui peuvent aujourd'hui paraître exotiques - occupent abondamment les Chambres lors de ce débat, notamment la suppression de la juridiction ecclésiastique et des peines ecclésiastiques. Ces peines, en particulier le refus d'absolution et de communion, équivalaient à une forte condamnation sociale, qui pouvait interférer avec la vie citoyenne⁶⁴. Dans la même logique et dans la foulée des législations cantonales du *Kulturkampf*, certains députés demandent que la Constitution exige des Eglises qu'elles reconnaissent en leur sein la liberté de conscience et de croyance⁶⁵. Mais le principe de réalité domine et on leur répond par un argument historique :

« Autrefois, lorsque cette liberté absolue n'existait pas encore, l'Etat a pu rendre supportable la contrainte exercée par l'Eglise ; mais aujourd'hui que nous pouvons être absolument libres, il ne nous reste plus, si nous voulons jouir de cette liberté, qu'à nous passer d'Eglise. » (Assemblée fédérale 1877: 145)⁶⁶

⁶¹ Assemblée fédérale, *op. cit.*, p. 134-135.

⁶² Anne-Lise Head König, « Empêchements au mariage », in Dictionnaire historique de la Suisse, 2008 : <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F16109.php>

⁶³ Assemblée fédérale, *op. cit.*, p.137.

⁶⁴ Sarah Scholl, *En quête d'une modernité religieuse. La création de l'Eglise catholique-chrétienne de Genève au cœur du Kulturkampf (1870-1907)*, Neuchâtel, Alphil, 2014, pp. 313-318.

⁶⁵ Assemblée fédérale, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁶ Assemblée fédérale, *op. cit.*, p. 145. D'autres mesures de contrôle ne sont pas retenues, tel le certificat d'étude exigé des ecclésiastiques (art. 49c dans la proposition de la Commission du Conseil national).

Le compromis trouvé afin de tenter de parer les conséquences civiles des décisions, des discours et des pratiques religieuses sans interférer au niveau théologique consiste finalement dans les 2^e et 4^e alinéas de l'article 49⁶⁷ et le 2e alinéa de l'article 50 garantissant le libre exercice des cultes dans les limites suivantes⁶⁸ :

Art. 50. al. 2 Les Cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiétements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'État.

L'étude des débats des chambres met en lumière le fait que la liberté de conscience, de croyance et de culte, telle qu'elle est conçue en 1874 est en quelque sorte une liberté de l'individu contre la communauté. Il s'agit de protéger les personnes des éventuelles coercitions exercées par les Eglises. La liberté de conscience et de croyance n'est possible, dans le contexte du *Kulturkampf* où la quasi-totalité de la population est encore recensée comme catholique ou protestante, que si des espaces sont créés hors la mainmise des Eglises. En sus de la question du mariage et des enterrements⁶⁹, l'enjeu scolaire devient majeur en 1874⁷⁰.

Cependant, dans le même temps, le programme le plus anticlérical, qui était à disposition et en discussion dans l'Assemblée n'a clairement pas abouti⁷¹. Ne reste des mesures de contrôles du catholicisme « que » l'interdiction des couvents et des jésuites ainsi que la question des évêchés, qui reprennent les enjeux récurrents des conflits helvétiques depuis le début du XIXe siècle.

⁶⁷ Art. 49, al. 2 Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir des peines, de quelque nature qu'elles soient, pour cause d'opinion religieuse.

Art. 49, al. 4 L'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse, quelles qu'elles soient. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, in Alfred Kölz, *Quellenbuch...*, 1996, p. 166-167).

⁶⁸ Pour les articles religieux (art. 49 à 52) finalement adoptés, voir note 5.

⁶⁹ Il s'agit de l'article 53 du projet définitif : « L'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent sont du ressort des autorités civiles. La législation fédérale statuera à ce sujet les dispositions ultérieures.

Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décemment. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, in Alfred Kölz, *Quellenbuch...*, 1996, p. 168).

⁷⁰ Rita Hofstetter et al. (éds), *Une école pour la démocratie : naissance et développement de l'école primaire publique en Suisse au 19^e siècle*, Berne, Peter Lang, 1999.

⁷¹ C'est également ce que souligne Eduard His, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1938, p. 543-544.

Ces mesures sont loin d'atteindre le degré d'intrusion dans la vie de l'Eglise opéré à Genève ou à Berne, mais elles montrent qu'il ne peut être question en 1874 d'adjoindre un principe strict de neutralité à la liberté de conscience et de croyance afin d'instituer une abstention complète de l'Etat en matière religieuse. L'idée est résumée par le catholique-chrétien soleurois Simon Kaiser : « La séparation de l'Eglise d'avec l'Etat est plutôt un problème qu'un résultat acquis, attendu qu'avant tout il s'agit pour nous de constituer l'Etat. »⁷²

La forme définitive des articles (voir note 5) est largement inspirée de la proposition de la Commission du Conseil national, mais sans être aussi cléricale. La révision constitutionnelle est votée le 19 avril 1874, le projet est approuvé par environ 340 199 voix contre 198 013 et par 13 ½ cantons contre 8 ½.

Conclusions :

Ce n'est donc qu'au troisième passage devant le peuple en 1874 que la liberté de conscience et de croyance est acceptée. Tels qu'ils sont conçus à ce moment-là, ces principes constitutionnels cherchent à protéger l'Etat et les individus de la discipline et des règles ecclésiastiques mais renoncent à protéger les religions de l'intrusion étatique. Tout en restant proche des formulations du XIXe siècle, la révision de la Constitution de 1999 rééquilibre ces différents aspects. Finalement, c'est la sécularisation progressive de la société suisse et le ralliement de l'Eglise catholique à la modernité pluraliste, avec le Concile Vatican II, qui a éliminé toute légitimité aux articles d'exception (suppression en 1973 des articles sur les couvents et les jésuites, en 2001 de l'article sur les évêchés). Mais la logique des mesures d'exceptions persiste, avec le maintien de l'interdiction de l'abattage rituel (introduite en 1893 par la voie de la première initiative populaire de l'histoire suisse), et elle connaît une résurgence indubitable avec l'interdiction des minarets en 2009.

Ces articles de 1874, comme nous l'avons vu, ne sont pas conçus pour régler et garantir la liberté de conceptions philosophiques ou politiques. Le cumul des mots conscience et croyance, à l'article 49, accentue encore le caractère purement religieux de cette liberté. Pourtant, le fait d'introduire dans la Constitution l'idée de conscience libre permet des développements « laïcs » de cette liberté qui reconnaît progressivement une sphère de protection propre à la liberté de conscience, séparée de la liberté de religion. La révision de la Constitution en 1999 entérine ce changement notamment par la précision introduite au deuxième alinéa de l'art. 15 (garantissant la liberté de conscience et de croyance) qui précise « Toute personne a le droit de choisir

⁷² Assemblée fédérale, *op. cit.*, p. 151.

librement sa religion *ainsi que de se forger ses convictions philosophiques* et de les professer individuellement ou en communauté. » (italique ajouté) On voit ici l'introduction de la protection spécifique des convictions philosophiques. Malgré cela, la sphère particulière d'une liberté de conscience sécularisée demeure débattue et commence seulement à être définie en droit suisse. Ainsi, en réponse à un recours concernant des dispenses de cours d'éducation sexuelle dans lequel les parents demandaient que leurs enfants soient dispensés pour des raisons de morale et d'éthique (non-religieuse), le Tribunal fédéral a précisé dans un arrêt de 2014 que l'art. 15 de la Constitution fédérale protège également les convictions de conscience et les visions du monde non-religieuses⁷³.

⁷³ Arrêt non publié 2C_132/2014, § 4.1.

Die Aufhebung des Klosters Rheinau

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Geschichte der Aufhebung des Klosters Rheinau. Die historischen, politischen und rechtlichen Umstände, welche zur definitiven Aufhebung des Klosters im Jahre 1862 durch den Kanton Zürich führten, werden nachgezeichnet, und die Debatte der damaligen Befürworter und Gegner des Klosters wird wiedergegeben.

I. Wann hob der Kanton das Kloster auf: 1836 oder 1862?

A. Zum massgeblichen Eingriff

Als Jahr der Aufhebung der über tausendjährigen Benediktinerabtei Rheinau, in der grossen Schleife des Rheines flussabwärts von Schaffhausen, wird im Allgemeinen erst das Jahr 1862 genannt. Das liegt am vom Zürcher Grossen Rat erlassenen Gesetz betreffend die Aufhebung des Stiftes Rheinau vom 22. April 1862.¹ Die Aufhebung einer Institution beginnt jedoch schon zu dem Zeitpunkt, in welchem die Weichen so gestellt werden, dass, ohne Dazwischentreten eines ausserordentlichen Ereignisses zugunsten der ins Auge gefassten Institution, deren Untergang feststeht. Dieser Punkt ist bei einem Kloster mit der Festsetzung eines Verbotes der Novizenaufnahme bereits erreicht. Ein solches Verbot war vom Zürcher Grossen Rat schon durch das Gesetz vom 22. April 1836 betreffend Vermögensverwaltung des Stiftes Rheinau² ausgesprochen worden. Dieses lautete in den Paragraphen 3 und 4:

«§ 3 Bis zu weitem gesetzlichen Bestimmungen darf das Stift keine Novizen aufnehmen.

§ 4 Eben so wenig ist dem Stifte gestattet, Geistliche aus andern Klöstern in seine Mitte aufzunehmen.»

Der Passus «bis zu weitem gesetzlichen Bestimmungen» war ein belangloser Verweis auf eine völlig unbestimmte Zukunft. Von jetzt an war das Kloster auf den Aussterbeetat gesetzt, wenn nicht rechtlich Gegensteuer gegeben wurde. Der Staat musste nur noch den Dingen ihren Lauf lassen und kam, wenn auch etwas später, zu seinem Ziel. Bei der Beratung des Gesetzes

* Dr. iur. und Rechtsanwalt.

¹ Offizielle Sammlung der seit Annahme der Verfassung vom Jahre 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich (abgekürzt OS), Band 12, S. 683-685.

² OS, Band 4, S. 216-218.

von 1862 wurde demzufolge auch gemäss der «Neuen Zürcher Zeitung» (NZZ) seitens des Regierungsrates und des Präsidenten der grossrätlichen Kommission Zehnder erklärt, dass das Gesetz von 1836 mit der Absicht erlassen worden sei, das Kloster aufzuheben.³

Die Verwaltung der Stiftungsgüter wurde auf den Finanzrat, eine Sektion des Regierungsrates, übertragen. Die Oberaufsicht war dabei dem Regierungsrat vorbehalten. Der Finanzrat war beauftragt, die Verwaltungsweise des gesamten Vermögens im Allgemeinen festzusetzen und seine diesbezüglichen Verfügungen je nach Umständen durch besondere Abordnungen auf Kosten des Stiftes zu vollziehen. Abt und Mitglieder des Konvents waren gemäss § 1 und 2 des Gesetzes von 1836 «(...) für die Verwaltung des Stiftvermögens und für die genaue Vollziehung der hierauf Bezug habenden Anordnungen persönlich verantwortlich»⁴. Die Verordnung vom 5. Mai 1836 behielt für «(...) jede Veräusserung von beweglichem und unbeweglichem Stiftsgut, für Lehensverträge, Gütertäusche, Käufe usw.»⁵ ausdrücklich die Zustimmung des Finanzrates oder Regierungsrates vor.

B. Der damalige Bestand des Klosters

Im Jahre 1835 zählte gemäss NZZ das Kloster mit dem Abt insgesamt 26 Mönche, 7 Brüder sowie 60 Dienstboten männlichen und weiblichen Geschlechts.⁶

Der Wert des klösterlichen Grundbesitzes wurde von der mit der Schätzung beauftragten Kommission des Kantons auf 970'297 fl (= Gulden) angesetzt. Gemäss NZZ hätte sich dieser Betrag eher auf anderthalb Millionen Gulden belaufen müssen, wenn die vom Kloster behauptete Qualität der Waldungen angemessen gewesen wäre.⁷

Der Grundbesitz des Klosters Rheinau erstreckte sich damals auf die heutigen Kantone Zürich, Schaffhausen und Thurgau sowie auf nahe an der Schweizer Grenze gelegene Teile des damaligen Grossherzogtums Baden. Das ungefähre Ausmass dieses Grundbesitzes kann heute nur noch aus verschiedenen Dokumenten rekonstruiert werden.⁸ Zusammengerechnet ergeben

³ Vgl. NZZ vom 3. März 1862.

⁴ OS, Band 4, S. 216-218.

⁵ Diese mit dem Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. 687/1836 ergangene Verordnung vom 5. Mai 1836, Ziff. 5) ist in der OS nicht publiziert, kann aber unter der Signatur StAZH MM 2.30 RRB 1836/0687 beim Staatsarchiv des Kantons Zürich eingesehen werden, <http://www.staatsarchiv.zh.ch/query>.

⁶ Vgl. NZZ vom 2. November 1835.

⁷ Vgl. NZZ vom 30. Oktober 1835.

⁸ Vgl. NZZ vom 5. Oktober 1835 (betreffend Besitz im Thurgau); Regierungsratsbeschluss (abgekürzt RRB) Nr. 1113 vom 12. Juli 1862 (betreffend Verkauf von Gut in Ofteringen); RRB Nr. 1819 vom 8. November 1862 (betreffend Ermächtigung der Di-

sich total 3035 Jucharten Land für die Zeit vor 1836. Wenn man die Jucharte zu 36 Aren annimmt, was wiederum 3600 Quadratmetern entspricht, so besass das Kloster Rheinau bis 1836 eine Gesamtfläche von 10'926'000 Quadratmetern, also von ca. 1092 Hektaren oder gut zehn Quadratkilometern Grundeigentum.

C. *Damalige Kritik der NZZ*

Die NZZ vertrat 1835 die Auffassung, es wäre eigentlich schon lange nötig gewesen, im Kanton Zürich nur noch Priester zuzulassen, welche sich erfolgreich einer staatlichen Prüfung unterzogen hätten, damit nicht, wie im Mittelalter, irgendwelche Dunkelmänner, Wüstlinge, Fanatiker usw. den Dienst antreten könnten. Überhaupt sei der Kanton Zürich bisher mit der katholischen Kirche recht schonend umgegangen. So habe der Kanton z.B. die sogenannten Kollaturen (dem Kloster Rheinau von alters her zustehende Rechte auf Pfarrernennungen und Pfründenzuteilung bezüglich zum Teil auch reformierter Kirchgemeinden) immer nur gegen Entschädigung enteignet, die Besorgung des Pfarrdienstes durch Mönche – anstatt durch Weltgeistliche – sei geduldet worden. Auch sei der Kanton für deren Kutten und Besoldung aufgekommen und habe keine Beiträge an die Armenfürsorge und das Volksschulwesen verlangt, wie dies etwa der Kanton Aargau tat.⁹ Nicht erwähnt wurde in dieser Aufzählung, dass der Kanton Zürich unter Bezugnahme auf die Badener Artikel damals verlangte, dass vor Verlesung kirchlicher Verkündigungen, wie Hirtenbriefen und Fastenmandaten, diese Verlautbarungen der Regierung zur Genehmigung (Plazet) vorgelegt werden müssten.

D. *Die Rechtslage bis 1836*

Napoleon Bonaparte gestaltete Europa um, womit die zentralistische und klosterfeindliche Helvetische Republik durch die Mediationsverfassung vom 19. Februar 1803¹⁰ abgelöst wurde. So kam das Gebiet des Klosters Rheinau grösstenteils zur Schweiz, genauer zuerst zum Kanton Thurgau, und dann zum Kanton Zürich. Der restliche Teil fiel an das Grossherzogtum Baden. Ungefähr gleichzeitig wurde durch Napoleon Bonaparte, mit dem sogenannten Reichsdeputationshauptschluss von 1802/1803, veranlasst, die politischen Herrschaftsrechte der Bistümer, Klöster und sonstigen geistlichen Stifte aufzuheben. Da das Gebiet der Alten Eidgenossenschaft am Ende des 18. Jahr-

reaktion der Finanzen zum Güterverkauf); Amtsblatt des Kantons Zürich vom 1. Mai 1863, S. 699 ff. (betreffend Weisung des Regierungsrates vom 1. März 1863 an den Grossen Rat zum Beschluss betreffend Vermögenverwendung); Bericht der Grossratskommission zum Entwurf (betreffend Vermögensverwendung vom 17. Juni 1863).

⁹ Vgl. NZZ vom 23. September 1835.

¹⁰ Hans Nabholz/Paul Kläui, Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone, 3. Auflage, Aarau 1947, S. 185-205.

hundreds immer noch nicht vollständig vom Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation losgelöst war, hatte dieser Akt auch Auswirkungen auf das Gebiet des Klosters Rheinau. Gemäss Artikel 1 des zweiten Teils der Übergangsbestimmungen der Mediationsverfassung sollten die Güter, die vormalig den Klöstern zugehörten, «(...) ihnen wieder zugestellt werden, sei es dass diese Güter in dem nämlichen oder in einem anderen Kanton gelegen seien».¹¹

Bei der Eingliederung des Klosters Rheinau in den Kanton Zürich wurde dem damaligen Abt Januarius Frey vom seinerzeitigen Landammann der Schweiz Louis d'Affry am 28. März 1803, also wenige Wochen nach dem Zustandekommen der Mediationsakte, zugesichert, dass das Kloster Rheinau unversehrt bleiben würde.¹² Nach dem Protokoll der Regierungskommission sollte der Abt «(...) bei wiederübernommener Direktion des Gotteshauses» den Schutz der Regierung des Kantons geniessen.¹³ «Die Erlaubnis zur Aufnahme neuer Brüder und Novizen [müsse] künftigen allgemeinen Verhandlungen mit dem Papst und (...) [der Kompetenz der Kantone] unterworfen werden».¹⁴ Das Kloster müsse «(...) in die vor der Revolution besessenen Rechte wiederum eingesetzt» und «(...) das Gotteshaus Rheinau unter den nämlichen Schutz der neugebildeten Eidgenossenschaft gesetzt [werden], den es ehemals von den VIII alten Orte genossen haben soll».¹⁵ Die Behauptung der NZZ, wonach dieses Dekret vom 28. März 1803 «(...) nichts anderes [besage], als, dass die Rheinau in das zürcherisch-kantonale und das eidgenössische Bundesstaatsrecht übergegangen sei, deren heutige Bestimmungen auf dasselbe gerade so gut abwendbar seien wie auf jedes andere zürcherische Institut»¹⁶, gab folglich die Rechtslage vor 1831 unrichtig wieder. Von einem Verbot der Novizenaufnahme war vor 1830 noch keine Rede. Auch eine Pflicht zur Einholung einer Genehmigung zum Betrieb des Klosters fehlte.¹⁷

Allerdings behielt sich der Kanton «(...) Aufsicht und Einleitung zu künftigen erforderlichen, [zweckmässig] erachteten (sic!) Verbesserungen in der Oeconomie vor» und das Kloster durfte «(...) ohne zuvor bey der Regierung

¹¹ Mediationsverfassung vom 19. Februar 1803, in: Hans Nabholz/Paul Kläui, (Fn. 10), S. 185 ff.

¹² Protokoll der Regierungskommission vom 10. März 1803–22. April 1803, Verzeichniseinheit MM0, S. 162-164, Beschluss vom 1. April 1803.

¹³ Protokoll der Regierungskommission vom 10. März 1803–22. April 1803 Verzeichniseinheit MM0, S. 162-164, Beschluss vom 1. April 1803.

¹⁴ Protokoll der Regierungskommission vom 10. März 1803–22. April 1803, Verzeichniseinheit MM0, S. 162-164, Beschluss vom 1. April 1803.

¹⁵ Protokoll der Regierungskommission vom 10. März 1803–22. April 1803, Verzeichniseinheit MM0, S. 162-164, Beschluss vom 1. April 1803.

¹⁶ Vgl. NZZ vom 22. Februar 1862.

¹⁷ Franz Schoch, Das letzte Kloster im Kanton Zürich: die Aufhebung der Benediktinerabtei Rheinau, Diss., Wien 1921, S. 9.

gethane Einfrage keine seiner Gründe mehr veräussern, vertauschen oder verpfänden» und «ohne Vorwissen der Regierung [sollten] keine Novizen angenommen werden».¹⁸ Die Weitergeltung des Regierungsratsbeschlusses (RRBs) vom November 1803 bis über das Jahr 1815 hinaus in die Epoche der Regeneration hinein ist jedoch ohnehin fraglich, da er noch aus der Epoche der Mediation stammte und sein Inhalt nicht ohne Weiteres mit der Klostergarantie des Bundesvertrages von 1815 kongruent war. Zudem galt von da an bis 1831 im Kanton Zürich das klosterfreundliche Regime der Restaurationszeit. Überdies handelte es sich hierbei, entgegen späteren Aussagen von Regierungsrat Treichler¹⁹, nicht um ein Gesetz, sondern um einen blossen RRB. Nach rechtsstaatlicher Denkweise müssen solche Einschränkungen auf gesetzlicher Grundlage beruhen. Ob diese damals gegeben war, ist fraglich.

Als das napoleonische Frankreich von Österreich, Preussen, England und Russland 1815 bei Waterloo endgültig besiegt worden war, führten die Beschlüsse des Wiener Kongresses von 1814/1815 zu einer nochmaligen politischen Umgestaltung Europas. Im Zuge der Beschlüsse des Wiener Kongresses wurde unter Einwirkung der erwähnten Mächte von den nun 22 souveränen Kantonen der Bundesvertrag vom 7. August 1815 geschlossen.²⁰ Damit entstand wiederum ein Staatenbund, kein Bundesstaat. Gleichzeitig verlangten die Signatarmächte des Wiener Kongresses von der neuen Eidgenossenschaft einerseits die Einhaltung ewiger Neutralität (vor allem zur Schaffung eines Puffers zwischen Frankreich und Österreich) und andererseits garantierten sie der neuen Eidgenossenschaft Unabhängigkeit und ewige Neutralität.²¹

Als der damalige Abt des Klosters Rheinau, Januarius Schaller, im Jahre 1835 vom Bevorstehen gesetzlicher Einschränkungen Kenntnis erhielt, ersuchte er den Nuntius des Papstes, ferner den französischen Botschafter sowie das zuständige Ministerium des Grossherzogtums Baden, sich beim Zürcher Regierungsrat für den ungeschmälernten Erhalt des Klosters einzusetzen. Diese Instanzen waren für das Kloster bei den damaligen verfassungsmässigen und territorialen Verhältnissen noch durchaus übliche Anlaufstellen für derartige Beanstandungen. Ebenso gelangte er an den Regierungsrat des Kantons Zürich. Der Abt machte geltend, der Bundesvertrag von 1815 gewährleiste den Fortbestand seines Klosters.

Der Finanzrat, eine Sektion des Regierungsrates, hatte zwar dem Regierungsrat anfangs Dezember 1835 den Antrag unterbreitet, das Kloster vorerst nur unter eine strengere Aufsicht zu stellen und ihm bis auf Weiteres die Auf-

¹⁸ RRB Nr. 1272 vom 19. November 1803.

¹⁹ Vgl. NZZ vom 5. März 1862.

²⁰ Hans Nabholz/Paul Kläui, (Fn. 10), S. 206-213.

²¹ Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 2-10.

nahme von Novizen zu verbieten. Für die NZZ war diese Massnahme jedoch «nicht befriedigend», weil sie «(...) dem Mönchskollegium einstweilen seinen Fortbestand und den materiellen Besitz des Stiftsvermögens sichert[e]». ²² Dies sei unverantwortlich. Von der NZZ wurde die sofortige Aufhebung des Klosters befürwortet. ²³ Der Regierungsrat entschied sich trotzdem am 12. Dezember 1835 mit zwölf gegen drei Stimmen, nur einen Gesetzesvorschlag betreffend die Vermögensverwaltung des Klosters Rheinau im Sinne des Finanzrates mit geringen Änderungen an den Grossen Rat weiterzuleiten. ²⁴ Die NZZ publizierte hierzu am 16. Dezember 1835 einen Gegenvorschlag, welcher weitere Verschärfungen vorsah. Insbesondere sprach sie sich dafür aus, dass die Zahl der im Kloster residierenden oder auswärts beschäftigten Konventualen auf 19 beschränkt werden, deren Entlohnung sowie Absetzung geregelt, mehrere Stellen aufgehoben und für wichtige Wahlen im Kloster die Genehmigung durch den Regierungsrat vorbehalten werden sollte. ²⁵ Der damals 212 Mitglieder zählende Grosse Rat lehnte in einem ersten Beratungsdurchgang das erneut vorgetragene Begehren um sofortige Aufhebung des Klosters grossmehrheitlich ab. Für die Aufhebung stimmten nur 30 Mitglieder. Der Antrag auf Verschärfung der Aufsicht wurde jedoch durch folgende Bestimmungen ergänzt: «Bis zu weitem gesetzlichen Bestimmungen darf das Stift keine Novizen aufnehmen. Eben so wenig ist dem Stifte gestattet, Geistliche aus andern Klöstern in seine Mitte aufzunehmen.» ²⁶ Hierüber wurde am 24. Dezember 1835 und 22. März 1836 debattiert. Die Schlussabstimmung erfolgte am 22. April 1836. Das Ergebnis lautete 152 Ja- zu etwa 25 Nein-Stimmen.

Gleichen Tags wurde den Juden im ganzen Kanton das Niederlassungsrecht zuerkannt. Über den Verlauf der Rheinauer Verhandlungen gibt es nur wenige Dokumente. Immerhin lässt sich Folgendes sagen: Das damalige Votum des seinerzeit mit dem Titel «Sängervater» geehrten Erziehungs- und Grossrates Hans Georg Nägeli gehört zu den eindrücklichsten Zeugnissen für religiöse Toleranz aus jener Zeit. ²⁷

Der Abt gelangte nun wiederum an den Regierungsrat. Der Nuntius ersuchte seinerseits die Tagsatzung um Intervention. Diese wies ihn jedoch an den Regierungsrat weiter. Ob, und wenn ja, wie weit, dabei auch die eben erst erlassene Kantonsverfassung von 1831 ²⁸ mit ihrer Garantie der Glaubensfrei-

²² Vgl. NZZ vom 4. Dezember 1835.

²³ Vgl. NZZ vom 4. Dezember 1835.

²⁴ RRB Nr. 2129 vom 12. Dezember 1835.

²⁵ Vgl. NZZ vom 16. Dezember 1835.

²⁶ OS, Band 4, S. 216-218.

²⁷ Friedrich Emanuel Hurter, Die Befindung der katholischen Kirche in der Schweiz seit 1831, Schaffhausen 1842/1843, S. 361.

²⁸ OS, Band 1, S. 5-38.

heit in Ziffer 4 und der Niederlassungsfreiheit in Ziffer 8 namentlich angesprochen wurden, lässt sich nicht mit Sicherheit nachweisen. Dass die Glaubensfreiheit durch das Novizenverbot tangiert wurde, ist offensichtlich. Das trifft aber auch für die Niederlassungsfreiheit zu; denn hiervon ist betroffen, wer in das Kloster eintreten möchte. Beide Begehren wurden vom Regierungsrat unter Bezugnahme auf die Souveränität des Kantons Zürich brüsk zurückgewiesen.²⁹

II. Zur Tragweite der Klostergarantie gemäss Artikel XII des Bundesvertrages von 1815

Der Bundesvertrag von 1815 besagte in seinem Artikel XII, dass der Fortbestand der Klöster und Kapitel und die Sicherheit ihres Eigentums, soweit diese von den Kantonsregierungen abhingen, gewährleistet seien. Zudem sei das Vermögen, gleich anderem Privatgut, den Steuern und Abgaben unterworfen.

Der Regierungsrat erachtete sich zwar im Jahre 1836 noch durch die Klostergarantie gemäss Artikel XII des Bundesvertrages von 1815 gebunden. Aber die massgeblichen Politiker bewerteten dessen Verpflichtungswirkung aus den folgenden Gründen als gering: Die Klostergegner sahen in Artikel XII des Bundesvertrages in erster Linie ein Instrument, welches den Kantonen Befugnisse einräumte, die Klöster zu kontrollieren. Diese ihnen schon seit längerer Zeit zustehenden Befugnisse hätte der Kanton Zürich jedoch bisher «(...) niemals in ihrem Wesen und Umfange ausgeübt»³⁰. Davon, dass die Klostergarantie gemäss Bundesvertrag rechtmässig bestehende Klöster vor der sofortigen oder etappenweisen Aufhebung schütze, war kaum die Rede. Eine solche Betrachtungsweise stellt die Rechtslage jedoch wohl geradezu auf den Kopf, wenn man die historischen Umstände berücksichtigt, unter welchen der Bundesvertrag geschlossen wurde. Das trifft auch für die seinerzeit bisweilen vertretene Auffassung zu, die Klostergarantie beziehe sich nur auf das bei Abschluss des Bundesvertrags bereits im Kloster lebende Personal, schliesse also ein Verbot der Novizenaufnahme nicht aus. Widersprüchlich ist, dass die Tagsatzung das vom Grossen Rat des Kantons Aargau statuierte Novizenverbot von 1839 als Verstoß gegen den Bundesvertrag rügte und nur als vorübergehende Massnahme weiterhin zuließ. Das entsprechende, kurz zuvor beschlossene Verbot im Kanton Zürich für das Kloster Rheinau, wurde jedoch widerspruchslos hingenommen.³¹

²⁹ RRB Nr. 128 vom 12. Juli 1836; vgl. NZZ vom 15. Juli 1836; RRB Nr. 156 vom 23. Juli 1836.

³⁰ Siehe Begründung im RRB Nr. 1544 vom 13. September 1834.

³¹ Vgl. NZZ vom 16. Mai 1836.

Zudem erklärten die Klostergegner, die von ihnen vorgesehenen Massnahmen würden dadurch legitimiert, dass sie einem zeitgemässen Verständnis der Aufgaben der katholischen Kirche entsprechen würden. Zumindest sei ihr Vorgehen viel schonender als dasjenige in anderen Kantonen.

Die Klostergegner schienen eine denkmalschützerisch relevante Verpflichtung zur Gebäudeerhaltung, also bezüglich der baulichen Hülle der Kirchen- und Konviktsgebäulichkeiten, anzuerkennen. Das trifft jedoch nicht den Kern der Sache.

Darüber hinaus liessen die Klostergegner die Garantie des Bundesvertrages zugunsten der Klöster nur dort gelten, wo es um das Eigentum von Klöstern in *anderen* Kantonen als denjenigen ihres Sitzes ging. Hiernach könne der Kanton A, in dessen Hoheitsgebiet das Kloster X seinen Sitz hat, sich darauf berufen, dass der Kanton B, in dessen Hoheitsgebiet das Kloster X auch noch Eigentum besitze, dieses nicht an sich ziehen dürfe. Aber auch hierauf könne sich der Kanton A nur berufen, wenn er dem Kanton B im umgekehrten Fall Gegenrecht gewähre. Bei Massgeblichkeit dieser engen Interpretation der Klostergarantie hätte der Bundesvertrag dem Kloster Rheinau überhaupt keinen besonderen Schutz gewähren können, da es im Verhältnis zwischen ihm und dem Kanton Zürich um ein rein internes Verhältnis gegangen wäre. Adressaten wären dann die Kantone Thurgau (wegen Mammern) und allenfalls auch Schaffhausen gewesen, was allerdings wegen deren politisch gleicher Einstellung praktisch bedeutungslos gewesen wäre.

Die Klostergegner sahen sich im Weiteren deshalb zu ihrem Vorgehen ermächtigt, weil der Bundesvertrag nur die Kantonsregierungen, nicht aber das souveräne Volk oder dessen Repräsentanten verpflichtete. Der Regierungsrat war aber bereit, die Verantwortung für die Klösteraufhebung auf sich zu nehmen. Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Umstand, dass Verträge primär nicht das Organ einer juristischen Person, sondern diese selbst binden.

Zudem vertraten die Klostergegner die Auffassung, für eine Revision des Bundesvertrages von 1815 sei nicht Einstimmigkeit der 22 Stände, sondern nur ein qualifiziertes Mehr von 2/3 oder 3/4 nötig und dieses hätten sie 1836 bereits erreicht oder seien zumindest nahe daran gewesen. Dabei wurde darüber hinweggegangen, dass der Bundesvertrag ein völkerrechtlicher Vertrag war und bei solchen ohne gegenteilige Regelung für eine Revision das Erfordernis der Einstimmigkeit gilt, da der Satz *pacta sunt servanda* zu beachten ist. Abgesehen davon hatte ein Verfassungsentwurf von 1832 beim massgeblichen Organ, der Tagsatzung, keine Zustimmung gefunden. Ein neuer Antrag lag der Tagsatzung bis 1836 nicht vor.

Ferner wurde von den Klostergegnern die Auffassung vertreten, weder das Kloster selbst noch der Papst oder der Heilige Stuhl, vertreten durch den

Nuntius, aber auch nicht die im Kloster lebenden Menschen und noch viel weniger sonstige Privatleute seien befugt, sich auf die Schutzwirkung des Bundesvertrages zu berufen. Aktivlegitimiert seien einzig die Kantone. Offen blieb ferner die Frage, ob Bürger des Kantons C (z.B. Aargau), welche mit ihrem Anliegen bei diesem kein Gehör fanden, den Kanton D (z.B. Luzern) hätten ersuchen können, in ihrem oder seinem eigenen Namen ihren Standpunkt bei der Tagsatzung zu vertreten. Die NZZ bezeichnete diese Auffassung als unhaltbar.³²

Schliesslich wurde von den Befürwortern der Klostersaufhebung geltend gemacht, solange nichts Gegenteiliges vereinbart worden sei, dürfe jeder Kanton den Bundesvertrag so auslegen, wie er es als vernünftig ansehe, und das spreche dafür, dass der Kanton Zürich frei darüber entscheiden könne, ob das Kloster Rheinau aufzuheben sei oder nicht. Dies ist Ausdruck staatlichen Allmachtdenkens und eine krass rechtsstaatswidrige Betrachtungsweise. In einem Rechtsstaat gilt bei streitigen Auslegungen nicht einfach der eigene Standpunkt, sondern derjenige einer unparteiischen, wenn möglich richterlichen Drittinstantz. Jede andere Auffassung würde dem Grundsatz *Macht geht vor Recht* huldigen.

Peter Stadler schrieb: «Aber jetzt ging es um die Beseitigung des gesamten Klosterbestandes eines Kantons. Es ist indessen den am Bundesvertrag festhaltenden Orten nicht gelungen, den Aargau wirksam zu isolieren. Vielmehr vermochte der Kanton dank der (nur vorübergehend erschütterten) Interessensolidarität der regenerierten Kantone und dank einigen taktisch geschickten Konzessionen die Bildung einer gegen ihn gerichteten Front zu verhindern. Die Internationalisierung der Klosterfrage, vom Nuntius energisch angestrebt, scheiterte an der mangelnden Übereinstimmung der Mächte, vor allem an der Zurückhaltung Frankreichs. Der Bundesvertrag ist durch diesen Konflikt völlig ausgehöhlt und zu einer nur noch äusserlichen Bindung der Kantone entwertet worden.»³³ Diese Ansicht ist wohl psychologisch und politisch richtig, juristisch aber unzutreffend.

III. Die für die Klostersaufhebung vorgebrachten Gründe

A. Die Unterscheidung von profan und religiös im Verhältnis zur Glaubensfreiheit

Der Kanton Zürich nahm vor 1848, weil er sich als die einen selbständigen Staat bildende Gebietskörperschaft verstand, für sich in Anspruch, souverän bestimmen zu können, was Bestandteil einer Religion, hier der katholischen

³² Vgl. NZZ vom 16. Mai 1836.

³³ Peter Stadler, *Der Kulturkampf in der Schweiz*, Frauenfeld 1984, S. 79 f.

Konfession, bilde und was nicht. Nicht dazu gehörten seines Erachtens die Klöster. Zumindest seien sie kein wichtiger Bestandteil davon.

Dieser Auffassung lag die im 19. Jahrhundert (noch) vorherrschende Vorstellung zu Grunde, dass das Säkulare und das Sakrale, das Weltliche und das Kirchliche, das Diesseitige und das Jenseitige eine Einheit bilden. Anstelle von Säkularem, Weltlichem und Diesseitigem kann man auch vom Profanen, anstelle von Sakralem, Kirchlichem und Jenseitigen auch vom Religiösen sprechen. Zum Religiösen gehört immer auch ein hierauf bezogener Kultus. Der Glaube kann auf das Göttliche bezogen sein oder einen solchen Bezug ablehnen. Bisweilen wird unter Glauben nur der Bezug zu etwas Göttlichem verstanden, während sonst einfach vom Gewissen gesprochen wird. Nur mit der Vorstellung jener Einheit lässt es sich logisch begründen, dass das Göttliche auch die Grenze zwischen dem Profanen und dem Religiösen ziehen dürfe.

Mit dieser Auffassung lassen sich die aus der Glaubensfreiheit resultierenden Schranken für staatliche Massnahmen zum Teil argumentativ herleiten. Es muss bloss nachgewiesen werden, eine bestimmte Lebensweise sei kein oder zumindest kein wichtiger Bestandteil des jeweiligen Religiösen, woraufhin diese ohne Verletzung der Glaubensfreiheit verboten werden kann. Die Befürworter der Klostersaufhebung sahen den Willen von Gläubigen, in einer katholischen Ordensgemeinschaft in einem Kloster zu leben, zumindest als keinen wichtigen Teil des katholischen Glaubens an. Dasselbe traf auch für sonstige glaubensbezogene Regelungen zu, welche eine als übermässig erachtete Freiheitsbeschränkung bewirkten (z.B. Bindung an ewige Gelübde, Zölibatsgebot, keine konfessionell gemischte Ehe, keine Ehescheidung, Pflicht zum Gottesdienstbesuch und zur Einhaltung der Arbeitsruhe sowie Fastengebot, Heiligenverehrung und Devotionalienkulte usw.). Tendenziell wurden nur rituelle Betätigungen innerhalb des Kirchenraumes und zuhause (nicht aber die Führung einer Prozession ausserhalb des Kirchenraumes) als von der Glaubensfreiheit geschützt erachtet. Die pauschale Ablehnung von etwas als «mittelalterlich», «antiquiert» oder «abergläubisch» Verstandenem war verbreitet. Viele strebten, ausdrücklich oder stillschweigend, eine dem Protestantismus angenäherte Form von Katholizismus an. Dabei ist die Glaubensfreiheit konzeptionell und historisch das vornehmste Prinzip einer liberalen Weltordnung. Hiernach dürfen grundsätzlich die Angehörigen einer Religionsgemeinschaft selbst bestimmen, was zu ihrer Religion gehört und was nicht. Der Staat hat sich hier nicht einzumischen. Jeder bzw. jede soll selbst bestimmen können, welche Lebensweise für ihn bzw. sie gut oder schlecht ist. Es bleibt dabei selbstverständlich die Aufgabe des Staates, immer für die Aufrechterhaltung von Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu sorgen.

Die Frage ob und – wenn ja – wie der Staat den Trennstrich zwischen dem profanen und dem religiösen Bereich festlegen könne, stellt sich vor allem dort, wo sogenanntes Staatskirchentum (auch Landeskirchentum genannt) gilt. Dieses trat in zwei Gestaltungen auf, einerseits in einer eher protestantischen, wo Fürsten und Adlige sich zur Zeit der Reformation dem neuen Glauben angeschlossen hatten, andererseits in einer eher katholischen Form, wo später ebenfalls Bistümer, Abteien usw., aber auch der römische Kirchenstaat weltliche Herrschaft ausübten. Weil der profane und der religiöse Bereich, sogar in der Neuzeit, sich nicht klar trennen lassen, herrscht in jedem Staat mehr oder weniger ein Staatskirchentum, auch in dem sich auf Laizität berufenden Staat.

Wenn sich die Klosterfreunde auf die Glaubensfreiheit beriefen, wurde darauf oft entgegnet: Wenn ihr an der Macht wäret, würdet ihr gegenüber Protestanten noch viel mehr gegen die Glaubensfreiheit verstossen. Weil sich der Vorwurf auf die Zukunft bezog, war er kaum zu widerlegen. Dahinter verbarg sich wohl die Angst vor einer «(...) schwer kontrollierbaren Macht».³⁴ Auch *legale* Tätigkeiten (z.B. religiöse Unterweisung, weltliche Lehrtätigkeit, Kranken- und Armenfürsorge) können wegen ihrer Werbekraft zu neuen Mehrheitsverhältnissen im Lande führen, was eine Auswechslung der an der Macht stehenden Partei bewirken kann.³⁵ Das muss aber in einer ernsthaft liberalen Demokratie in Kauf genommen werden.

B. Unproduktive Betätigung der Mönche sowie Gewerbe- und Handelsfreiheit

Die Klostergegner hielten sich für ermächtigt, Lebensweisen (gemeinschaftliche oder individuelle mit Wahl eines bestimmten Niederlassungsortes usw.) zu verhindern, welche ihres Erachtens zu wenig zum Gemeinwohl, zum gesellschaftlichen Fortschritt, namentlich zur materiellen Produktivität, beitrugen.

Nach ihrer Auffassung musste wohl jedermann zur Verwirklichung des von ihnen gesetzten Zieles Hand anlegen. Bei den Ratsdebatten und in der Presse wurde geltend gemacht, dass die Mönche dieser Obliegenheit zu wenig nachkämen, weil sie zu viel Zeit für das Gebet und die Meditation verwendeten. Bemerkenswert ist, dass der Regierungsrat noch in seiner Weisung vom 10. Dezember 1861 «(...) [der] strebende[n] und schaffende[n] Bevölkerung»

³⁴ Max Stierlin, *Die Katholiken im Kanton Zürich 1862-1875 im Spannungsfeld zwischen Eingliederung und Absonderung*, Diss., Zürich 1996, S. 67.

³⁵ Verhüllt ausgedrückt in der Weisung des Regierungsrates vom 10. Dezember 1861, *Amtsblatt des Kantons Zürich* vom 10. Dezember 1861, S. 1616 ff.

das Klosterideal gegenüberstellte.³⁶ Zudem sei die « (...) ganze Einrichtung der Ökonomie verkehrt» und es sei «(...) alles im Verfall».³⁷

Weiter wurde als Kritik aufgeführt, es bestehe ein Missverhältnis zwischen der Menge der Gebäude und der übrigen Ökonomie. Mehr als 19 Mönche seien nicht nötig und auch sei zu viel Dienstpersonal angestellt.³⁸ Das Kloster würde zu wenig für die Renovation der umfangreichen Bauten sorgen, abgesehen von «(...) dem wohl unterhaltenen und eleganten Schlossgebäude, Statthalterei genannt» in Mammern, der «Campagne de plaisir» des Abtes. Nur die Rebberge seien gut gepflegt, die Waldungen seien jedoch «delabiert».³⁹ Auch ist von «willkürlichen Veräusserungen»⁴⁰ sowie von «Missbrauch und Verschwendung» des Klostervermögens die Rede.⁴¹ Letzterer Vorwurf bezieht sich wohl darauf, dass das Kloster bei seiner Hilfe an Bedürftige zu wenig differenziert vorgehe, beim Einzug der Zehnten und Zinsen Nachlässigkeit walten lasse sowie bei der Bewirtung von Gästen zu grosszügig sei. Behauptet wurde auch, das Klostervermögen sei zurückgegangen. Dieser Vorwurf wurde klosterseitig bestritten und bildete Gegenstand einer Pressefehde zwischen der NZZ und konservativen Blättern.⁴² Die Rentabilität soll nur etwa 150 Gulden betragen haben und der Klosterbetrieb sei bisweilen sogar defizitär gewesen. Die klösterliche Gutsverwaltung war offensichtlich immer noch ganz auf eine Naturalwirtschaft ausgerichtet und genügte nicht mehr den Anforderungen der Gegenwart. Die Buchführung soll sich auf zwei Büchlein beschränkt haben, eines für die Einnahmen und eines für die Ausgaben.

Franz Schoch⁴³ bemerkte immerhin, dass nach 1836 (offenbar wegen Landverkäufen) so viel Geld im Klostergut vorhanden gewesen sei, dass dieses den Kleinbauern und Handwerkern der Umgebung wie eine Hypothekbank Darlehen gewähren konnte. Bei der Beurteilung der damaligen wirtschaftlichen Situation des Klosters Rheinau ist nach Schoch zu berücksichtigen, dass die unverschuldeten Nachwirkungen der Revolutions- und Kriegsjahre dem Kloster arg zugesetzt hatten. Zu erwähnen seien insbesondere der Wegfall der Einnahmen aus dem Salzhandel sowie dem Wasser- und dem Brückenzoll, ferner aus Zehntenansprüchen, Grundzinsen, Fischenzen, sonstigen Gerechtsamen und Pachtver-

³⁶ Amtsblatt des Kantons Zürich vom 10. Dezember 1861, S. 1616 ff.

³⁷ Amtsblatt des Kantons Zürich vom 10. Dezember 1861, S. 1616 ff.

³⁸ Vgl. hierzu und im Folgenden: NZZ vom 25. September und 5. Oktober 1835.

³⁹ Vgl. NZZ vom 5. Oktober 1835.

⁴⁰ Dieser Vorwurf bezieht sich wohl darauf, dass das Kloster einzelne, zum grössten Teil nicht einmal im Kanton Zürich gelegene, Grundstücke ohne vorherige Zustimmung des Kantons verkauft hatte.

⁴¹ Vgl. NZZ vom 25. September 1835.

⁴² Vgl. NZZ vom 5., 23., 30. Oktober 1835 und 2. November 1835.

⁴³ Franz Schoch (Fn. 17), S. 22.

trägen. Nachteilig seien auch militärische Einquartierungen und Requirierungen während der napoleonischen Kriege gewesen. Zum Vorwurf, es sei nicht einmal ein richtiges Inventar vorhanden und von einigen Grundstücken sei der Eigentümer unbestimmt gewesen, ist Folgendes zu sagen: Der Abt hatte die Nützlichkeit einer zeitgemässen Buchführung keineswegs verkannt; aber er sah – nicht zu Unrecht – in der vom Kanton angestrebten Inventarisierung, je länger desto mehr, die Vorstufe zu einer späteren Enteignung.

Für die liberale Staatsauffassung sollte die Vorstellung der Freiheit von Handel und Wandel zentral sein. Eine für den einzelnen verbindliche planwirtschaftlich auf die Erreichung eines bestimmten Leistungssolls gerichtete Ordnung sollte einem liberalen Staat fernliegen. Gemäss einer liberalen Staatsauffassung darf man auch unproduktiv sein. Keiner muss wirtschaftlich vorwärts machen. Nicht nur darf jeder nach seiner Façon selig werden, sondern auch nach seiner Façon wirtschaften. So wie die Glaubensfreiheit sowohl traditionelle Glaubensarten als auch atheistische Einstellungen sichert, schützt die Handels- und Gewerbefreiheit zusammen mit der persönlichen Freiheit, der Vereins- und der Niederlassungsfreiheit sowohl die wirtschaftlich erfolgversprechende als auch die wirtschaftlich keinen Erfolg versprechende Tätigkeit. Es darf nicht jemandem sein Gut allein deshalb weggenommen werden, weil er damit zu wenig produziert. Keiner muss ein guter Kaufmann sein. Auch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts konnte nicht im Ernst behauptet werden, dass die damals noch 29 Mönche in Rheinau mit ihrem Lebensstil das materielle Gedeihen des Kantons Zürich oder grösserer Teile davon als solches in Frage gestellt hätten oder dass der Stiftungszweck ohne staatliche Hilfe bald nicht mehr erreichbar gewesen wäre. Die Massnahmen gegen das Kloster Rheinau konnten deshalb niemals als eine Art Notstandsaktion gerechtfertigt werden.

Das Kloster Rheinau sorgte übrigens namhaft für die Kranken, Gebrechlichen und Armen der Umgebung. Auch sein Beitrag an die Schulbildung sowie sein Einsatz für die Abhaltung von Gottesdiensten in der weit entfernten Stadt Zürich waren, entgegen den Behauptungen der Gegenseite, beachtlich. Die Klostergegner sahen diese drei Tätigkeitsfelder der Mönche nicht gerne, weil sie darin eine unerwünschte Sympathiewerbung für die Sache des Klosters befürchteten. Die Führung einer Schule musste im Jahr 1841 auf staatliches Geheiss eingestellt werden. Der Abt wehrte sich dagegen, vom Kanton ohne gesetzliche Grundlage zu mehr finanziellen Leistungen an die Pfarrbesoldung und den Kirchenbau in der Stadt Zürich sowie für die Zwecke des Unterrichtswesens gezwungen zu werden. Vielmehr erklärte er sich freiwillig zu solchen Leistungen bereit. Das vermochte aber den Regierungsrat nicht davon abzuhalten, den eingeschlagenen Kurs weiterzuführen.⁴⁴

⁴⁴ Vgl. NZZ vom 4./6. November 1835.

C. *Grosser Finanzbedarf des Staates und Eigentumsgarantie*

Infolge der Kriegswirren war es überall zu einem Rückstau in der Realisierung der für das allgemeine Wohl erforderlichen Projekte gekommen. Es herrschte damals in Zürich eine Aktivität sondergleichen.⁴⁵ Für die Ziele, welche sich die Zürcher Liberalen und Radikalen gesetzt hatten, waren Finanzmittel nötig, die den bisherigen Haushaltsrahmen sprengten. Zu erwähnen sind insbesondere die Schleifung des Befestigungsringes rund um die Stadt Zürich, der Ausbau des Strassennetzes, die Errichtung eines Kantonsspitals, die Verbesserung des Volks- und Mittelschulwesens, die Gründung einer Universität und die Schaffung einer Kantonsbibliothek. Auch hier galt das Motto: Man muss das Geld holen, wo es liegt. Für diese Ambitionen lag der Griff auf das Klostergut nahe, das Vermögen einer sogenannten toten Hand, da es sonst im Kanton Zürich keinen Grossgrundbesitz gab und die Steuergesetzgebung noch rudimentär war. Der Steueransatz betrug lediglich 1 % vom Vermögen.

Es erschien die entschädigungslose Enteignung bei einer Aufhebung des Klosters vielen Politikern jener Zeit als selbstverständlich. Hätte entschädigt werden müssen, wäre damit der Hauptnutzen der Klosteraufhebung verloren gegangen. Dabei gehört die Eigentumsgarantie zu den wichtigsten Prinzipien des Liberalismus. Hiernach hat das Gemeinwesen grundsätzlich kein Recht, den Privaten ihre Sachen wegzunehmen. Vorbehalten bleibt demzufolge nur die Pflicht zur Beitragsleistung an den Aufwand, welcher zur Erfüllung der gängigen Aufgaben des Gemeinwesens nötig ist (Besteuerung und ordentliche Enteignung!).

Zudem war im vorletzten Jahrhundert das System des *Domaine public* – eine aus dem französischen Rechtskreis stammende konzeptionelle Konstruktion der Herrschaft über die dem Staat gehörenden Güter – verbreitet.⁴⁶ Hiernach gilt das übliche Eigentumsverständnis, dasjenige des Privatrechtes, bezüglich des Staates für sein sogenanntes Fiskalvermögen, während die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch und das Verwaltungsvermögen hoheitsrechtlich geregelt sind. Ob man bei diesen beiden Güterarten sagen soll, sie stünden im «öffentlich-rechtlichen Eigentum», ist an sich eine terminologische Frage. Sie gibt aber Anlass zu verschiedenen Weichenstellungen in der Beantwortung der Entschädigungsfrage bei Enteignungen, mit Tendenz zur Bejahung der Entschädigungslosigkeit.

⁴⁵ Innerhalb von fünf Jahren ist es zur Verabschiedung von 55 neuen Gesetzen und 25 Ausführungsverordnungen gekommen.

⁴⁶ Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1909, S. 26-33; Winrich Ypsen, *Theorie und Recht des Domaine public. Das öffentliche Recht in Frankreich*, Göttingen 1958.

Die Unterscheidung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Eigentum bedeutet auf jeden Fall nicht einfach, dass es Sachen gibt, die im Eigentum von Privaten und solche, die im Eigentum des Gemeinwesens stehen. Vielmehr geht es um den Verweis auf verschiedene Rechtskomplexe. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang, dass Kirchen- und Klostergüter sowie diejenigen religiöser Stiftungen vor allem im gallikanisch (im Sinne von nicht-römisch) motivierten Frankreich und in protestantisch orientierten Ländern als «öffentlich-rechtliches Eigentum» behandelt wurden. Weil hier Staat und Kirche früher eine Einheit bildeten, kam es bei einer Aufhebung des bisherigen Status solcher Güter zu keinem Eigentumsübergang. Mit dieser Konzeption liessen sich die Schranken der Eigentumsgarantie argumentativ für die Güter von kirchlichen Stiftungen umgehen. Diese Denkweise schwappte aus naheliegenden Gründen zum Teil auch auf Regime über, welche sich als katholisch bezeichneten. Im deutschschweizerischen Rechtsbereich spielte sie allerdings nur vereinzelt (insbesondere im sogenannten Basler Schanzestreit von 1859 und im Kanton Zürich bezüglich der Entflechtung der Zuständigkeitsverhältnisse bei den aus vorreformatorischer Zeit stammenden reformierten Kirchen in der Mitte des 20. Jahrhunderts) in der politischen Diskussion eine Rolle. Nach heutiger Auffassung besteht in der Schweiz auch an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch und am Verwaltungsvermögen Eigentum im Sinne des ZGB, allerdings mit verschieden starker Ausprägung der Massgeblichkeit des öffentlichen Interesses.

Aus liberaler Sicht müssen *alle* Güter, welche nicht bereits dem Staat gehören, als private Güter behandelt werden und deren Eigentümer den Schutz der Eigentumsgarantie geniessen, es sei denn, diese Güter seien schädlich oder der Staat bedürfe ihrer zur Erfüllung seiner typischen Aufgaben. Im letzten Fall ist der Staat aber bei Wegnahme zur Entschädigung verpflichtet. Der Schutz der Eigentumsgarantie besteht folglich vor allem darin.

Gemäss Peter Stadler vertrat der prominente Aargauer Klostergegner Augustin Keller die Auffassung, das Vermögen der Klöster sei im Laufe der Zeit vom «Kirchenvolk» gestiftet worden. Deshalb dürfe das Kirchenvolk als «Staatsvolk» dieses Vermögen auch wieder an sich nehmen, sobald eine Notwendigkeit hierfür bestehe.⁴⁷ Die Vorstellung einer Identität dieser beiden «Völker» ist eine reine Fiktion, von allen anderen Ungereimtheiten abgesehen.

In der Auseinandersetzung um die Wirtschaftlichkeit des seinerzeitigen Klosterbetriebes mochte auch der Gedanke mitspielen, dass derjenige Anspruch auf ein Gut besitze, welcher einen höheren Ertrag daraus erwirtschaften könne. Ob der Kanton hierzu damals eher in der Lage war als das Kloster, müsste zuerst noch bewiesen werden. Zudem ist die These fragwürdig.

⁴⁷ Peter Stadler (Fn. 33), S. 79.

D. Zweckidentität?

Viele Klostergegner machten jeweils geltend, die Klöster hätten sich nur in ihren guten Zeiten aktiv um die Kranken-, Gebrechlichen- und Armenfürsorge sowie die Volksbildung gekümmert. Auch der Kanton Zürich wolle die Klostergüter nach deren Enteignung hierzu einsetzen. Für viele Regierungs- und Grossräte sowie die NZZ⁴⁸ bildete die behauptete Zweckidentität eine ausreichende Rechtfertigung für die Eingriffe.⁴⁹ Die NZZ räumte dabei allerdings ein, dass der Einklang mit den Stifterintentionen eine Fiktion sei, bezeichnete diese aber als «gewiss erlaubt».⁵⁰ Dabei wurde über folgende beide Fakten hinweggesehen: Erstens wurden die Klöster seinerzeit meistens zum Seelenheil der Stifterin oder des Stifters und ihrer Familien sowie zum Gotteslob gegründet. Die Fürsorge für die Bedürftigen war dabei Mittel zu diesem Hauptzweck. Dies war alles im Sinne der Regeln des heiligen Benedikts gedacht. Der die Klöster enteignende Staat wollte und konnte diesen Hauptzweck aber nicht wirklich erfüllen. Ob der Hauptzweck rational vertretbar ist, darf in einem liberalen Staat keine Rolle spielen.

Wenn der Regierungsrat dem Kloster vorwarf, durch seine Art der Bewirtschaftung der Güter werde die Erreichung des Stiftungszweckes verunmöglicht, ging es ihm keineswegs um den von der seinerzeitigen Stifterin oder vom seinerzeitigen Stifter gesetzten Zweck. Dieser war auch im 19. Jahrhundert unbestreitbarer Weise noch realisierbar, wenn auch nicht im Sinne der meisten Regierungs- und Grossräte. Deren Sorge war einzig und allein, dass dem Kanton vom bisherigen Klostergut bei der späteren Einverleibung möglichst viel zukomme.

E. Omnipotenz des Staates in weltlichen und kirchlichen Angelegenheiten

Den in den Abschnitten III. A bis und mit III. D angeführten Argumentationsweisen lag der Absolutismus des Sonnenkönigs Ludwig XIV. (1638-1715) zugrunde, welcher gestützt auf Jean Bodins (1529-1596) Souveränitätstheorie in Frankreich entwickelt und nach der Französischen Revolution säkularisiert wurde. Hiernach wurde von der unbegrenzten Staatsmacht, der Kompetenzkompetenz des Staates, ausgegangen. Der Staat kann und darf alles, hiess es mehrfach. Ergänzt wurde diese Vorstellung durch die Ablehnung von Zwischengliedern zwischen Staat und Citoyen und durch die Ausrichtung des

⁴⁸ Vgl. die Nummern der NZZ vom 19. bis 23. Februar 1862.

⁴⁹ Dem widersprach Regierungsrat Hagenbuch mit Nachdruck. Vgl. NZZ vom 5. März 1862.

⁵⁰ Vgl. NZZ vom 23. Februar 1862.

ersteren auf ein einziges räumliches Zentrum.⁵¹ Das war die europaweit von den neuen Rechtsschulen vertretene Staatsauffassung. Man kann diese Auffassung nicht anders als ein – trotz Aufklärung – zu wenig hinterfragtes Dogma der Neuzeit bezeichnen. Dessen Unhaltbarkeit trat erst nach den politischen Katastrophen und Ideologien (insbesondere des Kommunismus und des Nationalsozialismus) in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ins allgemeine Bewusstsein. Auch die damaligen Vertreter des Kantons Zürich glaubten, paradoxerweise trotz ihres Liberalismus, sich auf die Staatsallmächtigkeit berufen zu können. Die souveräne Staatlichkeit der Kantone stand ja bis 1848 noch unbestreitbar fest. Deshalb erachteten sie es als die selbstverständlichste Sache der Welt, dass der Kanton Zürich dem Abt und den Mönchen des Klosters Rheinau ihre Glaubens- und Lebensweise vorschreiben dürfe. Der Kanton sei befugt, festzulegen, was als Zweck der Stiftung zu gelten habe und wer für deren Verwaltung zuständig sei. So kann er sogar bestimmen, ob eine Stiftung aufzulösen und deren Vermögen ohne Entschädigung zu enteignen sei. Auch war der Kanton bei Annahme von Staatsallmacht in der Beschaffung der für seine Ziele nötigen Finanzmittel frei. Dasselbe galt auch für seinen Entscheid darüber, ob die Papstabhängigkeit des Klosters geduldet werden könne oder nicht. Dass die Vorstellung von Staatsallmacht mit derjenigen von völkerrechtlicher Verbindlichkeit im Widerspruch steht, liegt auf der Hand.

F. Ultramontanismus

Ferner warfen die damaligen Gegner dem Kloster Rheinau vor, dass diese Institution vom Gedankengut des Ultramontanismus beeinflusst sei. Der Jesuitenorden galt als Hauptpartisan des Ultramontanismus.

Symptomatisch beim Ultramontanismusvorwurf ist nun aber, dass er nicht die Problematik eines unbestreitbar zu weitgehenden Zentralismus in der katholischen Kirche in den Vordergrund stellt. Vielmehr kritisiert er die Ausrichtung der Schweizer Katholiken auf das Ausland, nämlich auf das jenseits der Berge liegende Rom. Der eigentliche Grund, auf welchem das Anschwärzungspotential des Ultramontanismusvorwurfes fusst, liegt aber ausserhalb der geographischen Dimension. Als es im 18. Jahrhundert immer mehr Königs-, Herzogs- und Fürstendynastien gab, welche ihre Politik darauf ausrichteten, sich zur Ausdehnung ihrer Macht, wie ehemals zur Reformationszeit, Bistums- und Klostergüter einzuverleiben – dazu gehörten paradoxerweise auch Dynastien katholischer Provenienz – da waren es der Papst und die Kurie in Rom, welche sich am stärksten dagegen wehrten. Wer es mit

⁵¹ Josef Bruhin, Die beiden vatikanischen Konzile und das Staatskirchenrecht der schweizerischen Bundesverfassung: theologische Überlegungen zum Verhältnis von Kirche und Staat, Freiburg i. Ue. 1975, S. 31 ff.

jenen machtbesessenen Herrschern hielt, für den war jeder, der diese Tendenzen ablehnte, ein Feind. Dem radikalen Flügel der Liberalen kam, auch in der Schweiz, das Anschwärmungspotential des Wortes Ultramontanismus gerade gelegen, auch wenn es sich um ein terminologisches Importprodukt aus deutschen Landen handelte. Es gab zwar in der Schweiz schon lange keine Königs- und Fürstenhäuser mehr, welche sich bereichern wollten, wohl aber Kantone, welche es ebenfalls auf Klostereigentum abgesehen hatten.

Der soeben erwähnte Ultramontanismusvorwurf umfasste aber auch die Rüge, dass den in Klöstern lebenden und sie unterstützenden Menschen eine reaktionäre Haltung eigen sei. Dabei war jedoch als Fortschritt noch nicht so etwas wie der Übergang von einer monarchischen oder aristokratischen Ordnung zu einer im Sinne Rousseaus geläuterten alteidgenössischen Gemeinschaft – mit Landsgemeinden und ohne Untertanenverhältnisse –, sondern die Ablösung einer monarchischen oder aristokratischen Ordnung durch eine parlamentarisch-repräsentativ und zentralistisch regierte Demokratie gemeint. Eine solche besass aber – abgesehen von der Zeit der Helvetischen Republik – in der Schweiz keine Vorläufer und musste nicht einfach als der Weisheit letzter Schluss hingenommen werden. Für einen Übergang zu einer im Sinne Rousseaus geläuterten alteidgenössischen Gemeinschaft hätten sich vielleicht manche Klosterbefürworter noch bewegen lassen, wenn die allgemeine politische Atmosphäre damals nicht so unsäglich vergiftet gewesen wäre. Nicht aber erwärmen konnten sie sich für einen Übergang zu einer zentralistisch regierten Schweiz mit nur parlamentarisch repräsentativer Demokratie. Was die Fortschrittlichkeit in wissenschaftlicher und sozialer Beziehung betrifft, so kann man sie den damaligen Jesuiten kaum allgemein absprechen.

Das Anschwärmungspotential des Ultramontanismus hängt, bezogen auf die Schweiz, schliesslich auch damit zusammen, dass es nach ihm ausser der staatlichen Kompetenz noch eine kirchliche Ordnungsmacht gibt. Ob diese eine übergeordnete oder nach heutiger Betrachtungsweise eine nebengeordnete Funktion⁵² in Anspruch nimmt, interessierte dabei wenig. In der Behauptung einer ausserstaatlichen kirchlichen Kompetenz wird dann auch der wichtigste Grund dafür gesehen, dass dem Ultramontanismus Staatsfeindlichkeit vorgeworfen wurde.⁵³

G. *Handeln nach dem Vorbild vieler Länder*

Sodann wurde noch ein weiteres, allerdings für ein auf Eigenständigkeit bedachtes Gemeinwesen wie den Kanton Zürich fragwürdiges, allgemeines Argument vorgebracht: Die Klostergegner machten geltend, der Kanton handle bei der Aufhebung des Klosters Rheinau nach dem Vorbild vieler europäi-

⁵² Richard Gutzwiller, *Die Katholiken und die Schweiz*, Luzern 1935, S. 28 ff.

⁵³ Rudolf Kappeler, *Der Begriff der Staatsgefährlichkeit*, Diss., Zürich 1952, S. 170 ff.

scher Länder und Kantone mit hohem katholischem Bevölkerungsanteil. Der radikale Flügel der Zürcher Liberalen konnte sich deshalb darauf berufen, dass nicht alle Katholiken Klöster als wichtig für ihre Kirche ansahen.⁵⁴ Der bekannteste Exponent dieser Gruppe in der Schweiz war der Protagonist der Klosteraufhebung im Kanton Aargau, Augustin Keller. Die Parallelität der Auseinandersetzungen in den Kantonen Aargau und Zürich in den Dreissigerjahren des 19. Jahrhunderts ist frappant. Es ist schwer zu entscheiden, wer den ersten Stein warf. Man darf aber wohl sagen, dass die Häufigkeit der Klosteraufhebungen im 18. und 19. Jahrhundert europaweit zu einer Abstumpfung der Fähigkeit geführt hatte, die damit verbundenen Verfassungswidrigkeiten und Kulturverluste wahrzunehmen.

Dass in der öffentlichen Diskussion im Kanton Zürich kaum Zweifel laut wurden, es könnte mit der Aufhebung des Klosters Rheinau in die Rechte der Katholiken eingegriffen und damit Rechtsungleichheit im Verhältnis zu den Reformierten geschaffen werden, hängt mit einem speziellen, nur gerade den Kanton Zürich betreffenden Faktum zusammen: Der Kanton Zürich hatte im Jahr 1836 auch das Chorherrenstift des Grossmünsters in der Stadt Zürich, die Ausbildungsstätte für evangelische Theologen, aufgehoben und diese in die neu zu schaffende Universität integriert. Zumindest eigentumsrechtlich besteht hier allerdings keine eigentliche Parallele; denn beim Chorherrenstift gehörte schon vorher alles Gut dem Kanton Zürich. Im Unterschied zum Kloster Rheinau konnte sich das reformierte Chorherrenstift zudem nicht auf die im Bundesvertrag von 1815 in Artikel XII ausgesprochene, nur für die katholische Konfession geltende Klostergarantie berufen.

Das Gebiet des Klosters Rheinau gehörte erst seit dem Jahr 1803 zum Kanton Zürich. Es handelte sich zwar um eine dem Kanton wohl willkommene Erweiterung seines Territoriums. Jedoch wurde der personelle Zuwachs, obwohl es sich grösstenteils um Schweizerbürger handelte, eher als das Hinzukommen von Exoten, denn als dasjenige von altvertrauten Verwandten empfunden. Zudem war das Kloster Rheinau eine fast eine Tagesreise von der Hauptstadt entfernte, am äussersten Rand des Kantons gelegene, nicht von der Reformation erfasste Institution. Manche argwöhnten, das Kloster Rheinau sehe sich weiterhin als Zwergstaat à la Mönchsrepublik Berg Athos. Dem müsse vorgebeugt werden. Zwar verbanden jahrhundertealte burg- und schirmvogtrechtliche Beziehungen das Kloster Rheinau nicht nur mit Uri, Schwyz und Unterwalden, sondern auch mit Zürich. Aber trotzdem fehlte die Bereitschaft, auf die Eigenart der Rheinauer gleich rücksichtsvoll einzugehen, wie auf diejenigen, welche seit jeher Zürcher waren. Die Zürcher Behörden waren zwar weit davon entfernt, nach dem seit dem Westfälischen Frieden

⁵⁴ Hierauf verwiesen der Regierungsrat ausdrücklich in seiner Weisung vom 10. Dezember 1861 und die NZZ vom 21. Februar 1862.

von 1648 bis zur Französischen Revolution im ganzen deutschsprachigen Gebiet Europas geltenden Grundsatz *cuius regio, eius religio* vorzugehen und die Rheinauer vor die Wahl zwischen der Konversion zum Protestantismus oder der Auswanderung zu stellen. Aber die Wahrscheinlichkeit war gross, dass die Zürcher Behörden aus Unverständnis gegenüber der katholischen Konfession⁵⁵ dort, wo Gründe für oder gegen eine Aufhebung des Klosters sprachen, den ersteren ohne böse Absicht, unter Ausserachtlassung staatsmännischer Klugheit, wohl mehr Gewicht beimessen würden.

IV. Friedfertigkeit der Mönche

A. Allgemeines

Auf manche Argumentationsweisen trifft man auch bei den übrigen Klosteraufhebungen im 19. Jahrhundert und denjenigen nach dem Zweiten Weltkrieg in Staaten, welche von kommunistischen Regimen beherrscht worden sind. Einer weiteren, z.B. beim Kloster Muri (Aargau), aber auch anderswo verbreitet gewesenen, zu Recht oder zu Unrecht vorgebrachten Argumentationsweise, begegnet man jedoch beim Kloster Rheinau nicht: Dem Vorwurf der Störung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit sowie des konfessionellen Friedens, sei es in politischer oder alltäglicher Hinsicht. Das Verhältnis zu den benachbarten reformierten Pfarreien war tadellos. So soll z.B. das Kloster jeweils der Kirchgemeinde Marthalen den Wein für das Abendmahl gespendet haben. Auch soll grosszügig für die Armen der Umgebung gesorgt worden sein. Ferner wurde eine Schule geführt, solange der Kanton dies gestattete. Dass der Verkehr auf der Strasse durch irgendwelche liturgische Handlungen (z.B. Prozessionen) beeinträchtigt worden wäre, stand nie zur Diskussion. Alle Eingaben an die Regierung waren in einem geradezu unterwürfigen Ton verfasst.

B. Vorwürfe mit rechtlichen Einschlag

Die einzigen zwei rechtlich fassbaren Vorwürfe gegenüber dem Kloster Rheinau, welche sich nicht auf das blossе Kloster-Sein als solches bezogen, waren die folgenden: Dem Kloster wurde vorgeworfen, dass «(...) daselbst eine besondere Tendenz walte, den wahren Vermögensstand zu verbergen»⁵⁶. Substantiiert wurde dieser Vorwurf aber nur mit dem Hinweis, das Kloster habe im Vorjahr selbst nur zu 248 Franken Steuer führendes Vermögen angegeben, es sei dann aber hingenommen worden, dass die Steuer vom Bezirks-

⁵⁵ Regierungsrat Zehnder entgegnete allerdings, das Wesen der katholischen Konfession sei auch für einen Protestanten «durchschaubar» (vgl. NZZ vom 5. März 1862).

⁵⁶ RRB Nr. 1544 vom 13. September 1834.

und Finanzrat auf 900 Franken erhöht wurde. Aber selbst wenn die Differenz zwischen dem deklarierten und dem veranlagten Vermögen viel grösser gewesen wäre, betrügerische Machenschaften vorgelegen hätten und nicht bezahlt worden wäre, was alles nicht zutraf, hätte in einem liberalen Rechtsstaat niemals deswegen das ganze Stiftvermögen konfisziert werden dürfen.

Ferner wurde gerügt, dass der Abt Vermögensgegenstände ohne Zustimmung des Kantons veräussert habe. Es ging dabei um eine Liegenschaft in Rheinau und drei ausserhalb des Kantons Zürich befindliche Grundstücke, sowie um eine Münzensammlung und um Gemälde.⁵⁷ Als der eine Veräusserung verbietende Rechtsakt kam höchstens der problematische RRB von 1803 in Frage.⁵⁸ Dieser konnte sich aber wohl weder auf ausserhalb des Kantons Zürich oder gar im Ausland gelegene Grundstücke noch auf bewegliche Gegenstände beziehen. Zudem ist fraglich, ob, wie bereits dargelegt, dessen Beschränkungen nach 1815 überhaupt noch galten bzw. ob hierfür je eine ausreichende gesetzliche Grundlage bestanden hatte.

Da im Denken massgeblicher Politiker schon damals die geradezu fixe Vorstellung herrschte, die Zeit der Klöster sei endgültig abgelaufen, wurde es den Klosterleuten jeweils übel angerechnet, wenn sie die Durchführung der vom Kanton angeordneten, bereits auf die Aufhebung hin ausgerichteten Inventarisierungen und Nutzungsbeschränkungen nicht unterstützten. Zudem wurde von den meisten Politikern, wie bereits erwähnt, als selbstverständlich angesehen, dass der Staat zu allem ermächtigt sei.

Das zeigt exemplarisch eine sich seit 1832 über Jahrzehnte erstreckende Auseinandersetzung zwischen dem Kloster Rheinau und dem Kanton Zürich, welche ein im Grossherzogtum Baden in Oftringen nahe der Schweizer Grenze gelegenes Gut des Klosters mit Schlösschen und Kapelle im Umfange von 346 Jucharten betraf. Der Kanton verlangte unter Anrufung seines Aufsichtsrechtes, dass das Kloster diese Liegenschaft verkaufe, um damit die für die katholische Gemeinde in der Stadt Zürich nötigen Bargeldmittel zu beschaffen. Das Kloster wollte aber das Gut in Oftringen als Ruheort für die Mönche behalten.⁵⁹ Die NZZ vermutete, dass diese Haltung auf das Wirken des Abtes von Einsiedeln zurückzuführen sei, denn dieser gehöre zu «(...)den Schlimmsten in der Schweiz».⁶⁰ Die Veräusserung war jedoch einstweilen blockiert, weil die Ämter des Grossherzogtums Baden erklärten, der Kanton Zürich habe gestützt auf zwei Beschlüsse des Regierungsrates⁶¹ nur das Recht

⁵⁷ Vgl. NZZ vom 2. November 1835, unter Zitierung eines Berichtes der Finanzkommission vom 1. Juni 1835.

⁵⁸ RRB Nr. 1279 vom 19. November 1803.

⁵⁹ Franz Schoch (Fn. 17), S. 23 ff.

⁶⁰ NZZ vom 13. Oktober 1835.

⁶¹ RRB Nr. 1279 vom 19. November 1803; RRB Nr. 1544 vom 13. September 1834.

zur Aufsicht über die Klostergüter, sei aber (noch) nicht deren Eigentümer. Auch eine auf Antrag der Zürcher Regierung ergangene Intervention des Bundesrates von 1859 bei der badensischen Regierung und ein Weiterzug an das zuständige badensische Gericht konnten an dieser Rechtslage nichts ändern. Interessant ist die Antwort des damaligen, aus Zürich stammenden Bundesrates Jonas Furrer an den Zürcher Regierungsrat, als jener um Rat für das weitere Vorgehen in der Angelegenheit Ofteringen gebeten wurde. Bundesrat Furrer empfahl, das Kloster unter Vormundschaft zu stellen, wenn aber der Kanton solches nicht tun wolle, «(...) so wäre ich unbedenklich für die Aufhebung des Klosters (...). Bei den jetzigen Conjunktoren ist die Aufhebung ein Mückentod, auf den niemand achtet (...). Der Kanton Zürich [würde] in der öffentlichen Meinung besonders [durch den Hinweis] stark, dass ein paar Pfaffen (...) die Aufhebung selbst verschuldet und den Kanton in eine Art von Notwehr versetzt haben. Nun wählen Sie in Gottes Namen zwischen dem letzten Versuch und dem Todesstoss.»⁶²

Die Weigerung des Klosters, zum Verkauf Hand anzubieten, war dann noch in den Ratsdebatten von 1861/1862 Anlass zum Vorwurf einer unbotmässigen Einstellung des Klosters.⁶³ Nach Inkrafttreten des Aufhebungsgesetzes von 1862 schritt der Kanton unverzüglich zum Vollzug des Verkaufes zu 52'000 Gulden (heute ca. CHF 118'000).⁶⁴

V. Häme und Ironie in der Argumentation

Was in der ganzen Auseinandersetzung unangenehm auffällt, ist der hämisch-ironische Ton, mit welchem die damaligen Wortführer des Kantons Zürich für die Aufhebung des Klosters Rheinau gekämpft haben.

Die sich barsch auf die Souveränität des Kantons berufende Beantwortung einer, wie die NZZ damals abschätzig schrieb, «äusserst gelehrten» Eingabe des Nuntius vom 28. Juni 1836 an den Regierungsrat war nicht eigentlich überraschend, weil dieser bekanntermassen mit Rom nichts mehr zu tun haben wollte. In den damaligen Ausgaben der NZZ kam es aber laufend auch zu andern Vorwürfen, welche die Anhänger des Stiftes nicht anders als grob verletzend empfinden konnten: Es war ständig die Rede von «geistiger Untätigkeit» und «Nutzlosigkeit des Klosters», von «geistlosem und unwissenschaftlichem Vegetieren», von «bestialischem Wohlsein», von «Bequemlichkeit» und «Schlaraffenleben», «freiheitsmörderischen Pfaffen», von «einer Schale Mist», von «treulosen und hinterlistigen Kirchenfürsten», von «nicht

⁶² Franz Schoch (Fn. 17) S. 35.

⁶³ Siehe die Polemik in der NZZ vom 21. Februar 1862.

⁶⁴ RBB Nr. 1113 vom 12. Juli 1862; RRB Nr. 2133 vom 31. Dezember 1862.

zum Fortschritt und zur Freiheit, sondern zur Unterdrückung und Verfinsternung gewählt». Es herrsche hier «Köhlerglaube» und «Obskurantismus». Es handle sich hier um den «abzuschlagenden Kopf der Schlange [Hydra]», «Faulnester», «Werkstätten des krassesten Aberglaubens», Versorgungsstätten für «überzählige Jungfern, ausgekaufte Junggesellen und Kretins», «Zwinger, worin unglückliche Schlachtopfer der Familieninteressen gehalten und misshandelt werden».⁶⁵

Auch auf der Seite der Klosterbefürworter kam es zu deplatzierten Vorwürfen. Doch bewegten sich diese auf einer anderen Ebene. Die Klosterfeinde wurden zum Beispiel als Heiden, Ketzer, Apostaten, Zügellose, Atheisten, Umstürzler, Verbrecher oder Anarchisten bezeichnet. Die Klosterbefürworter wollten dabei nicht einsehen, dass es auf der Gegenseite keineswegs immer um die Zurückweisung des Glaubens an etwas Übernatürliches ging. Der Unmut rührte vielmehr daher, dass von ihnen im Alltag zu häufig erwartet wurde, bei Religiösem mitzumachen. Die besonders in den Kantonen Uri, Schwyz und Unterwalden vorgebrachten Schmähungen gegenüber den Vertretern der übrigen Schweiz erklärten sich überdies schon damals – und nicht erst seit dem Sonderbundskrieg – zu einem grossen Teil aus einer Verbitterung darüber, dass man ihnen kollektiv eine eidgenössische Gesinnung aberkannte.

VI. Nichts Bemerkenswertes an den Zürcher Ereignissen von 1836?

A. Stellungnahmen in der historischen und juristischen Literatur

Konsultiert man die damalige NZZ, welche bis zum 22. März 1836 an vorderster Front für die sofortige Aufhebung des Klosters Rheinau geworben hatte, so stellt man überrascht fest: Diese Zeitung widmete in der am nächsten Tag erschienenen Nummer dem im Grossen Rat verabschiedeten Gesetz über die Verwaltung des Vermögens des Klosters Rheinau lediglich noch vier Zeilen. Darin enthalten war nur der Hinweis, dass 30 Ratsmitglieder für die sofortige Aufhebung gestimmt hätten. Dem unmittelbar vorher gutgeheissenen Gesetz über die Erteilung von Wasserrechten und die Bestimmung von Wasserzinsen wurden jedoch zweieinhalb Spalten zuerkannt, weil es im «(...)

⁶⁵ Wo solche Qualifikationen in Anführungszeichen gesetzt sind, erschienen sie im Original in den NZZ-Nummern zwischen dem 25. September und 26. Oktober 1835. Siehe auch das von Gottfried Keller verfasste Gedicht mit dem Titel «Jesuitenzug 1843». Die Vorwürfe, welche damals der radikale Flügel der Liberalen gegen das Leben in Klostergemeinschaften erhob, sind durchaus vergleichbar mit jenen, welche heute das kommunistische China gegen die buddhistischen Mönche im Tibet vorbringt.

Interesse der Industrie» liege.⁶⁶ Die extrem knappe Berichterstattung über das Kloster Rheinau war möglicherweise darauf zurückzuführen, dass sich die Parteigänger der damaligen NZZ ärgerten, weil sie mit ihrem Antrag auf ein sofortiges Ende der Abtei nicht durchgedrungen waren.

In der von Eduard Wymann verfassten, 1907 herausgegebenen Geschichte der katholischen Gemeinde Zürich, welche sich sonst für das 19. Jahrhundert durch grosse Detailliertheit auszeichnet, wurde das Gesetz von 1836 bei der Schilderung der Geschehnisse, welche sich im und um das Jahr 1836 herum ereignet hatten, nicht besonders vermerkt.⁶⁷

Auch der Ordinarius für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern, Walther Burckhardt, erwähnte in seinem im Jahre 1931 erschienenen Standardkommentar zur Bundesverfassung von 1874⁶⁸ bei der Besprechung des Klostersverbotes von Art. 52 aBV nicht einmal im geschichtlichen Teil das Gesetz von 1836.⁶⁹

Entsprechendes gilt auch für das Werk von Fritz Fleiner, des seinerzeitigen Inhabers des Lehrstuhles für Staats- und Kirchenrecht, an der aus dem Liquidationserlös des Klosters Rheinau finanzierten Universität Zürich.⁷⁰ Hochinteressant wäre gewesen, wenn die Theorie des *Domaine Public* zum Gesetz von 1836 – wie auch zu demjenigen von 1862 – durch den Autor des Meisterwerkes der Institutionen des Verwaltungsrechtes in Bezug gesetzt worden wäre.

Das Schweigen hierzu ist auch im Nachfolgewerk von Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti mit dem Titel «Schweizerisches Bundesstaatsrecht» sowie in Giacomettis «Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts» überraschend. Erstaunlicherweise hat Giacometti gerade diejenigen Teile des Vorgängerwerkes von Fleiner über die Religionsfreiheit unverändert übernommen, bei welchen ein Neuüberdenken am ehesten angebracht gewesen wäre. Das Problem der Unterscheidung von privatem und öffentlich-rechtlichem Eigentum spricht er in seinem Verwaltungsrecht ebenfalls nicht an.

B. *Beurteilung*

Die rechtliche Seite der Problematik der Aufhebung des Klosters Rheinau gelangt in den erwähnten Publikationen dort, wo sie überhaupt zur Sprache kommt – was erstaunlicher Weise in den typisch juristischen Werken von

⁶⁶ Vgl. NZZ vom 23. März 1836.

⁶⁷ Eduard Wymann, Geschichte der katholischen Gemeinde Zürich: Denkschrift zur Feier des hundertjährigen Bestandes der Pfarrei, Zürich 1907, S. 121-181.

⁶⁸ Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931.

⁶⁹ Stillschweigen gilt auch für das Gesetz von 1862.

⁷⁰ Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Burckhardt, Fleiner und Giacometti überhaupt nicht der Fall ist – schwergewichtig von einem historischen Standpunkt aus zur Sprache. Dieser ist selbstverständlich auch wichtig, aber genügt nicht. Das trifft selbst für die historisch vorzüglichen Arbeiten von Schoch und Stierlin zu.

Dass bei Burckhardt, Giacometti und Stadler die Gesetze von 1836 und 1862 in den genannten Werken überhaupt nicht zur Sprache kommen, hängt vielleicht mit folgender Maxime zusammen, welche allerdings nicht durchgängig begründet wird: Wenn sich ein Faktum mit dem massgeblichen Ziel und den selbstgewählten hehren Grundsätzen nicht vereinbaren lässt, dann erwähnt man es am besten überhaupt nicht oder gibt vor, es handle sich um Spitzfindigkeiten und Haarspaltereien.

C. Warum wurde dem Kloster Rheinau das Lebenslicht nicht schon 1836, sondern erst 1862 ausgeblasen?

Der Hauptgrund liegt in der Rechtsordnung des damaligen Grossherzogtums Baden. Hiernach wären alle auf dessen Territorium gelegenen Güter des Klosters Rheinau bei der Aufhebung des letzteren in das Eigentum des Grossherzogtums gefallen. Dieses sogenannte Epavenrecht konnte der Kanton Zürich erst in einem Vertrag mit dem Grossherzogtum Baden von 1856 wegbedingen. Zudem kam es infolge des Zürilupfches von 1839, ausgelöst durch die Berufung des deutschen Theologieprofessors Strauss an die Universität Zürich – der in keinem Zusammenhang mit dem Kloster Rheinau stand –, im Regierungsrat zum Rücktritt mehrerer radikal gesinnter Ratsmitglieder und zur Bildung einer konservativen Regierung. Diese blieb bis im Jahre 1845 an der Macht. Beim Kloster Rheinau wuchs dabei die Hoffnung, dass die Beschränkungen von 1836 gelockert würden.

VII. Der Schlussakt von 1862

A. Hilferufe der Klosterbefürworter

Im Jahre 1859 starb Abt Januarius Schaller. Noch vor der Wahl eines neuen Abtes gelangte der Mönch und spätere Abt Leodegar Ineichen mit einer auf den 19. September 1857 datierten und am folgenden Tag persönlich in Zürich übergebenen, wiederum im untertänigsten Ton abgefassten, Petition an den Regierungsrat. Er ersuchte darin, wie schon in mehreren früheren Eingaben, die Rechtslage vor 1836 wiederherzustellen. Weitere Eingaben mit Datum vom 10. September 1859 und vom 8. Juli 1861 folgten. Damit kam eine Entwicklung ins Rollen, mit deren Ende das Kloster nicht gerechnet hatte. Alfred Escher, Nationalrat, Mitbegründer der Schweizerischen Kreditanstalt und Promotor der Gotthardbahn, präsierte im Herbst 1859 die grossrätliche Kommission, welche diese Eingaben zu beraten gehabt hätte. Aufgefordert,

nun endlich zu antworten, erklärte er, dies sei zurzeit nicht tunlich, da ein die Aufhebung des Klosters vorsehendes Gesetz vorbereitet werde. Der Regierungsrat verabschiedete auch schon am 7. Dezember 1861 mit Weisung vom 10. Dezember den Antrag an den Grossen Rat für ein Gesetz betreffend Aufhebung des Klosters Rheinau.⁷¹ Nun gelangten auch die Regierung von Schwyz in eigenem Namen und demjenigen ihrer Mitstände Uri, Obwalden und Nidwalden sowie die Regierung des Kantons Zug an die Zürcher Regierung mit dem Ersuchen, von der Aufhebung des Klosters abzusehen. Dem schloss sich auch die Kirchgemeinde Dietikon an, welche, wie Rheinau, im Jahre 1803 zum Kanton Zürich gekommen war. Im gleichen Sinne wurden die Bischöfe von Chur und Basel, der Abt von Einsiedeln und der päpstliche Nuntius vorstellig. Ein weiteres Gesuch um Unterstützung ging an das Grossherzogtum Baden und an Kaiser Napoleon III. Vorübergehend war auch die Rede davon, eine «(...) Gesellschaft des Kantons Zürich sei geneigt, das Kloster Rheinau käuflich an sich zu bringen».⁷²

B. Die rechtliche Argumentation der Klosterbefürworter

Der Abt und die Mönche von Rheinau beriefen sich erneut darauf, die Klostergarantie gemäss Artikel XII des Bundesvertrages von 1815 gelte trotz des revolutionären Überganges der Schweiz von einem Staatenbund in einen Bundesstaat weiterhin – sei es direkt oder indirekt – was auf der Gegenseite bestritten wurde.⁷³ Dasselbe traf für ihren Standpunkt zu, die inzwischen in Kraft getretene Bundesverfassung⁷⁴ gewähre mit der Garantie der freien Ausübung des Gottesdienstes in Art. 44 über die individuelle religiöse Befindlichkeit der Klosterleute hinaus auch den Fortbestand von Klöstern an sich. Dies wurde jedoch vom Bundesrat mit Zitaten aus den Debatten um den Entwurf der Bundesverfassung bestritten, wohl zu Recht, da dieses Argument historisch nicht zutrifft.⁷⁵

Die Klosterleute führten ferner ins Feld, die Klosteraufhebung vorstosse gegen die in der unverändert weitergeltenden Kantonsverfassung von 1831 verankerte Glaubensfreiheit (Ziffer 4) und Eigentumsgarantie (Ziffer 15). Es hätte aber auch wiederum geltend gemacht werden können, die Niederlassungsfreiheit gemäss Ziffer 8 der Kantonsverfassung sei verletzt. Letzteres konnte sogar noch radikaler vertreten werden, da die Niederlassungsfreiheit jetzt auch bereits hier ansässig gewesene Konventualen mit schweizerischem Bürgerrecht schützt.

⁷¹ Amtsblatt des Kantons Zürich vom 10. Dezember 1861, S. 1616 ff.

⁷² Vgl. NZZ vom 28. Februar 1857.

⁷³ Die Frage, ob bei Revolutionen vorherige völkerrechtliche Verträge auch den Nachfolgestaat binden, wird heute meist bejaht.

⁷⁴ Hans Nabholz/Paul Kläui, (Fn. 10), S. 299-324.

⁷⁵ Franz Schoch (Fn. 17), S. 52 f.

Als weiteres Argument wurde angeführt, die in dieser Kantonsverfassung noch nicht enthaltene Vereinsfreiheit gemäss Art. 46 der Bundesverfassung von 1848 sei nicht eingehalten. Die Gemeinschaft der Benediktiner in Rheinau könne nämlich auch als Verein angesehen werden. Diese Argumentation wurde von den Gegnern zu Unrecht mit Hohn überschüttet.

Ferner machte das Kloster geltend, dessen Aufhebung stehe im Widerspruch zu §§ 45 und 52 des Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich vom 24. Dezember 1855⁷⁶ bezüglich Korporationen und Stiftungen. Das Kloster sei weder entartet noch gefährde es den Kredit oder andere öffentliche Interessen und es verfolge weder unerlaubte noch unsittliche und auch keine gemeingefährlichen Zwecke, was alles kaum bestritten werden konnte. Eine Aufhebung durch den Kanton sei deshalb ausgeschlossen. Wegen der erwähnten Konzeption der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlich-rechtlichem Eigentum und der Zuweisung der kirchlichen Güter zu letzterem sowie wegen § 42, welcher die §§ 45 und 52 auf kirchliche Korporationen und Stiftungen für nicht anwendbar erklärte – ähnlich wie im ZGB gemäss Art. 87 -, liessen die Klostergegner diesen Einwand jedoch nicht zum Zuge kommen. Denn über kirchliche Korporationen und Stiftungen könne allein der Kanton verfügen. Andernfalls hätte bei der Beschlussfassung über die §§ 45 und 52 das Gesetz von 1836 aufgehoben werden müssen, was aber nicht der Fall gewesen sei. Diese Behauptung beruht nicht nur auf einer fragwürdigen Vorstellung des Verhältnisses zwischen profanem und religiösen Bereich, sondern sie übergeht auch, dass die Nichtanwendbarkeit der §§ 45 und 52 noch lange nicht heisst, dass der Kanton eine kirchliche Korporation oder Stiftung willkürlich aufheben durfte. Regierungsrat Hagenbuch machte in den Ratsverhandlungen von 1861/1862 sogar geltend, derartige Aufhebungen müssten in einem besonderen Gesetz erfolgen, welches bisher gefehlt habe.

Im Weiteren wäre das Abtretungsgesetz vom 21. März 1838⁷⁷ zu berücksichtigen gewesen, nach welchem für Enteignungen ein bestimmtes Verfahren hätte durchgeführt werden müssen und bei Streitigkeiten über die Entschädigung der Rechtsweg offen gestanden hätte. D.h., dass der Fall vor den ordentlichen Richter hätte gebracht werden können. Ein solches Verfahren wurde aber nie eingeleitet, geschweige denn durchgeführt.

Schliesslich hätte vom Kloster auch geltend gemacht werden können, dass der Zeitpunkt des Klosterunterganges gemäss dem Gesetz von 1836 überhaupt noch nicht gekommen sei, da immer noch zehn Mönche zum Kloster gehörten.

⁷⁶ OS, Band 11.

⁷⁷ OS, Band 5, S. 25 ff.

Die dem Kanton Zürich im Jahr 1862 gesetzten rechtlichen Schranken für die Aufhebung des Klosters waren somit, rechtsstaatlich betrachtet, auf jeden Fall noch viel enger gezogen als 1836, selbst wenn der Bundesvertrag von 1815 nicht mehr angerufen werden konnte. Es liessen sich zumindest jetzt kein Staatsnotstand und auch nicht mehr das Fehlen eines genügenden Besteuerungssystems geltend machen. Das Verbot der Gründung neuer und der Wiederherstellung aufgehobener Klöster wurde erst durch Art. 52 der Bundesverfassung von 1874 ins Bundesrecht aufgenommen.

C. *Die Ratsdebatte von 1862*

Bereits am 23. Dezember 1861 kam der Antrag des Regierungsrates zu einem neuen Gesetz vor das Plenum des Grossen Rates. Es folgten weitere Debatten am 3. und 4. März 1862. Die Schlussabstimmung fand am 22. April 1862 statt. Ein Gesetzesreferendum bestand damals noch nicht. Noch viel weniger war die Anrufbarkeit eines Verfassungsgerichtes gegeben. Es wurde zwar auch für die Gewährung eines weiteren Aufschubes des Endes oder sogar für die Wiederherstellung des Klosters votiert. So setzte sich Johann Jakob Sulzer, Stadtpräsident von Winterthur, engagiert für das Kloster Rheinau ein. Er sagte sarkastisch, dass der einzige Mangel, welchen man dem Kloster Rheinau vorwerfen könne, der sei, reich zu sein. Mönche seien nicht einfach «Dunkelmänner»; dieser Vorwurf treffe insbesondere für die Benediktiner nicht zu. Dieser Orden besässe übrigens, im Gegensatz zu den Freimaurern, öffentlich zugängliche Statuten.⁷⁸ Regierungsrat Hagenbuch erklärte, er sei für das Weiterbestehen des Klosters, nicht «obwohl», sondern, aus Toleranzgründen, «weil» er Protestant sei. Er wäre «stolz» darauf, dass «(...) der Kanton Zürich ein Kloster ertragen» könne.⁷⁹ Regierungsrat Wild hatte einen detaillierten Gesetzesentwurf vorgelegt, nach welchem eigentlich eine beidseits befriedigende Lösung des Konfliktes hätte möglich sein sollen. Dieser wurde jedoch zurückgewiesen. Gemäss NZZ gingen diese Ausführungen «im Geräusch»⁸⁰ unter.

Die folgenden Zitate mögen einen allgemeinen Eindruck von der im Rate vorherrschenden Grundstimmung geben: Der damalige Präsident des Grossen Rates, wiederum Alfred Escher, wies in seiner Eröffnungsrede vom 23. Dezember 1861 den Vorwurf der «Gewinnsucht, Habgier und Bereicherungsabsicht» sowie der «religiösen Unduldsamkeit» zurück und berief sich auf den «gesunden Menschenverstand». Man müsse sich dabei aber vor «kränklicher Sentimentalität» hüten.⁸¹ Für Alfred Escher stand fest: «Wir

⁷⁸ Vgl. Franz Schoch (Fn. 17), S. 62 ff.

⁷⁹ Vgl. NZZ vom 5. März 1862.

⁸⁰ Vgl. NZZ vom 5. März 1862.

⁸¹ In Anführungszeichen gesetzte Qualifikationen erschienen im Original in den NZZ-Nummern vom 24. und 28. Dezember 1861.

wollen keine Klöster in diesem Land!» Regierungsrat Zehnder (Arzt und Kommissionspräsident) erklärte: Die «Katholische Religion und ein Kloster sind nicht identisch. Nein! Im Gegenteil will ein lebensfähiger Katholizismus selbst keine Klöster, und nur der Ultramontanismus hängt noch an solchen Burgen seiner Macht». Die Humanität verlange, dass man sich eher um die «elenden Personen» im Kanton – er sprach damit vor allem die zu kleinen Räumlichkeiten in der Spannweid in Zürich-Unterstrass an – als um zehn Mönche Sorge. Regierungsrat Zehnder verwahrte sich auch dagegen, der Meinung zu sein, man dürfe jemandem etwas entziehen, wenn man es einem andern weitergebe. Er nehme sich keineswegs jenen Heiligen zum Vorbild, welcher einem reichen Gerber Leder stahl, um damit Schuhe für die Armen anzufertigen.

Regierungsrat Treichler (späterer Nationalrat, Verwaltungsrat der Schweizerischen Kreditanstalt sowie Rechtsprofessor an der Universität Zürich und am Eidgenössischen Polytechnikum) sprach von Klöstern als von einer «Antiquität». Sie seien «(...) nicht mehr mit dem Geist der Zeit vereinbar». Die Aufhebung sei ein «Akt der Humanität». Es werde hier «(...) nicht die Axt an einen blühenden Baum, sondern an einen alten verdorrten Stamm mit dünnen Ästen gelegt, der nur noch wenige Äste treibe.» Der jetzige Antrag auf Aufhebung des Klosters bezwecke «keinen Rechtsentzug». Hingegen käme, wegen der praktisch schon 1836 beschlossenen Aufhebung, die Gutheissung des Antrages der Klosterbefürworter einer «Rechtserteilung» gleich, was von vorneherein abzulehnen sei.

Regierungsrat Suter erklärte, die Abneigung gegen Klöster sei keineswegs ein Zeichen der «Schwäche», vielmehr wäre die Wiederzulassung ein Zeichen des «geistigen Zerfalls». Er werde «den Tag begrüßen, [an dem] im letzten Kanton das letzte Kloster aufgehoben werde».

Kantonsrat Reutemann (Bürger und Einwohner von Rheinau und Wirt), der einzige Katholik im Grossen Rat, war seinerseits der Auffassung, «(...) in der Nähe der Mönche [könne] wahre bürgerliche Freiheit und Humanität unmöglich gedeihen».

Es wurde auch wiederum gesagt, dass sich die Aufhebung nicht gegen einzelne Personen richte, sondern dass es hier «um Prinzipien» gehe.⁸²

Liberal und rechtsstaatlich bedenklich ist aber folgender Satz in der Weisung des Regierungsrates vom 10. Dezember 1861:⁸³ «Die rechtliche Befugnis einer Klosteraufhebung nachzuweisen, kann nicht (sic!) Aufgabe des Kantons Zürich sein.» Wessen Aufgabe ist es dann? Etwa die der vom Eingriff Betroffenen?

⁸² Vgl. NZZ vom 21. Februar 1862.

⁸³ Weisung des Regierungsrates vom 10. Dezember 1861, Amtsblatt des Kantons Zürich vom 10. Dezember 1861, S. 1616 ff.

Der Regierungsrat liess sich dabei wohl von einem «Rechtsgutachten» der Staatsanwaltschaft aus dem Jahre 1858 leiten, in welchem gesagt wurde: «Es ist dies die gleiche Controverse, wie sie bei jeder Klosteraufhebung, ja bei jeder Aufhebung oder wesentlichen Umwandlung alter Stiftungen auftritt. Bekanntlich aber werden solche Fragen in der Regel nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes sondern nach der Raison d'Etat resp. nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts beurteilt und erledigt.»⁸⁴

Dass bei Klöstern gegenüber weltlichen Stiftungen ein wesentlicher Unterschied besteht, weil bei Letzteren die Glaubens- und Niederlassungsfreiheit keine Rolle spielt, wurde dabei mit Stillschweigen übergangen.

Noch während der Beratungen zum Gesetz von 1862, aber noch vor der Schlussabstimmung vom 22. April 1862, wurde in fünf aufeinanderfolgenden Ausgaben der NZZ vom 19. bis 23. Februar 1862, je eine ganze Seite einnehmend, die endgültige Aufhebung des Klosters Rheinau gefordert.

Die Ratsmehrheit erachtete den Umstand, dass das Vermögen des Klosters nicht ins allgemeine Staatsgut integriert, sondern einem oder mehreren besonderen Fonds zugewiesen werde, als Beweis dafür, dass weder Bereicherungsabsicht noch Habgier im Spiel sei. Selbstverständlich gehört aber auch das Fondsvermögen – juristisch gesehen – neu dem Kanton und nicht mehr dem bisherigen Eigentümer. Daran ändert nichts, dass nach kanonischem Recht nicht der Abt und die einzelnen Mönche Eigentümer des Stiftgutes waren.

Der Abt und die Mönche wurden 1862, anders als 1836, keinerlei rechtswidrigen Verhaltens mehr beschuldigt. Insbesondere konnte dem Kloster nicht mehr vorgeworfen werden, es hätte Vermögensgegenstände ohne Zustimmung des Regierungsrates verkauft und zu wenig Steuern bezahlt. So waren alle seine Grundstücke und Sammlungen seit 1836 vom Kanton mit Beschlagnahme belegt. Jetzt beabsichtigte im Gegenteil der Kanton Grundstücke zu verkaufen, welche das Kloster behalten wollte. Dem Kloster wurde jetzt vorgeworfen, es habe während Jahren den vom Kanton verlangten Verkauf der Grundstücke in Mammern und Oftringen blockiert; dabei gehörte ein solcher Verkauf gegen den eindeutigen Willen des Eigentümers nicht zu den Kompetenzen eines Verwalters. Von Regierungsrat Treichler wurde in der Ratsdebatte vom 5. März 1862 dem Abt und den Mönchen vorgeworfen, dass sie nur Rom, nicht aber die öffentlich- und privatrechtlichen Gesetze des Bundes und des Kantons «anerkennen» und dass das Benehmen des Stiftes «(...) von 1836 bis zur Stunde eine ununterbrochene Renitenz gegen die Beschlüsse der staatlichen Behörden war». Mit Ausnahme der Fälle von Mammern und Oftringen, in welchen sich eindeutig der Kanton Zürich im

⁸⁴ Franz Schoch (Fn. 17), S. 38.

Unrecht befand, wurde jetzt nie auch nur angedeutet, wie weit sich diese Aussage konkret in Rechtswidrigkeiten ausgewirkt haben sollte. Das vorgeworfene Nichtanerkennen war offenbar als ein rein intern-psychischer Akt zu verstehen und daher nach liberalstaatlicher Auffassung überhaupt nicht als Rechtswidrigkeit qualifizierbar. Regierungsrat Treichler warf dem Kloster ferner vor, «(...) es verneine die Familie», sei deren «Feind» wegen des «(...) Joches der ewigen Gelübde», es dürfe allein schon deshalb nicht weiterbestehen.⁸⁵ Das ist eine denkbar kuriose Argumentation, da nach der katholischen Lehre das Eheversprechen sogar eines der sieben Sakramente ist. Die Behauptung von Regierungsrat Treichler, dass viele Mönche aus dem Orden austreten wollten, war gemäss Max Stierlin⁸⁶ sogar aktenmässig widerlegt. Dass das Kloster den «Sonderbund» je unterstützt hätte, wurde nie auch nur behauptet.⁸⁷

Die staatliche Verwaltung des Klostersgutes hatte bis zum Jahr 1861 volle 26 Jahre gedauert. Man sollte meinen, in einer so langen Zeit hätte auch ein zuvor – laut Behauptung des Kantons – darniederliegender Güterstatus bei einer leistungsfähigen Aufsicht saniert werden können und es wäre damit der Zeitpunkt gekommen, die Gutsverwaltung wieder in die Hand des Klosters zurückzugeben. Allein, da dies nicht in der Absicht des Kantons lag, wurde weiterhin behauptet, die Rendite sei mangels Geschicklichkeit und Willens der Mönche zu gering. Das Kloster habe sich dadurch in die Lage manövriert, unmöglich seinem ursprünglichen Zwecke entsprechen zu können. Es kann aber keine Rede davon sein, dass es dem Kloster nicht mehr möglich gewesen wäre, seinem ursprünglichen Zweck entsprechend tätig zu sein, wenn es daran nicht durch staatliche Eingriffe behindert worden wäre.

Ferner wurde gesagt, die Konventualen hätten sich die Klostersaufhebung selbst zuzuschreiben,

- weil sie zu wiederholten Malen einen Entscheid verlangt hätten;
- weil sie die Fortdauer der bisherigen Rechtslage selbst als unwürdig abgelehnt hätten;
- weil sie zu wenig für das Bildungswesen getan hätten;
- weil sie zu wenig für die Pastoration der Katholiken in der Stadt Zürich getan hätten und
- weil der Mönchsbestand überaltert sei.⁸⁸

⁸⁵ Max Stierlin (Fn. 34), S. 77.

⁸⁶ Max Stierlin (Fn. 34), S. 77.

⁸⁷ Die NZZ beschrieb die Klostergemeinschaft am 21. Februar 1862 als «wackere Männer», aber als ein Kindlein, das unschuldig ist, aber dies wohl nur solange bliebe, als es unter dem Schwerte Damokles (gemeint: der Aufhebung) stünde.

⁸⁸ Max Stierlin (Fn. 34), S. 72.

Stierlin bemerkt zum Vorwurf des mehrmaligen Entscheidbegehrens, dieser sei «zynisch», ging es hier doch um den «(...) begreiflichen Widerstand des Opfers, statt sich ruhig und wehrlos in das ihm zgedachte Schicksal zu fügen».⁸⁹ Zudem hätte das Kloster die Mitwirkung des Kantons gar nicht gebraucht, wenn es wirklich sein Ende selbst gewollt hätte.

Zum Vorwurf der Untätigkeit im Bildungswesen ist zu bemerken, dass der Kanton dem Kloster im Jahre 1841 die Weiterführung der früheren Schule untersagt hatte. Diese zählte noch im Jahr 1836 etwa 36 Schüler. Auch wurde in der Petition vom 19. September 1857 und in weiteren Eingaben die Bereitschaft des Abtes zur Eröffnung eines Untergymnasiums oder einer Realschule, einer Versorgungsanstalt für 25 bis 30 bresthafte, d.h. namentlich gebrechliche Personen, oder einer landwirtschaftlichen Armenschule angeboten. Im Rat wurde diese Bereitschaft des Abtes aber mit den Worten lächerlich gemacht, die Mönche von Rheinau würden sogar versprechen, protestantisch zu werden, wenn sie nur damit das Kloster erhalten könnten. Zu einer richtigen Beratung der Petition und des Angebotes kam es aber nie.

Zum Vorwurf, das Kloster hätte zu wenig an die Seelsorge der Katholiken in der Stadt Zürich beigetragen und diese hätten sich nie für den Erhalt des Klosters eingesetzt, ist Folgendes zu bemerken: Das Kloster basierte noch weitgehend auf Naturalwirtschaft und eine Ausgestaltung derselben nach eigenen Regeln wurde durch Kriegsfolgen sowie staatliche Eingriffe gehemmt. Folglich waren nur wenig flüssige Mittel für eine solche Finanzierung vorhanden. Eine rechtliche Verpflichtung zur Unterstützung der Hauptstadt bestand nicht. Wie bereits erwähnt, erfolgte diese aber gleichwohl. Wie das Verhalten des Regierungsrates bei Pfarrwahlen zeigte, sah dieser nicht gerne, wenn Mönche aus dem Kloster Rheinau die Seelsorge in der Stadt Zürich besorgten.⁹⁰ Nach Regierungsrat Zehnder würde der Grosse Rat dem niemals zustimmen. Da Rheinau in der Stadt Zürich immer noch als weit weg empfunden wurde, durfte den dortigen Katholiken nicht vorgeworfen werden, dass sie nie den geringsten Schritt für den Erhalt des Klosters getan hätten. Allerdings war deren Standpunkt etwas zwiespältig.⁹¹

Beim Vorwurf der Überalterung hätte auch das Verbot der Aufnahme von Novizen zur Sprache kommen müssen, welches zwangsläufig zur Überalterung führen musste.⁹²

⁸⁹ Max Stierlin (Fn. 34), S. 77.

⁹⁰ Der Regierungsrat wollte nur noch Weltpriester zulassen.

⁹¹ Letzteres wurde von Regierungsrat Zehnder den Klosteranhängern vorgehalten (Vgl. NZZ vom 25. Dezember 1861).

⁹² Der im Jahre 1859 gewählte letzte Abt von Rheinau, Leodegar Ineichen, war übrigens bei Verabschiedung des Gesetzes erst 51-jährig.

Die Klosterfeinde befürchteten die präjudizielle Bedeutung, welche der Wiedererlangung der vollen Rechte für das Kloster oder auch nur eines Aufschubes des Klosterendes zukäme. Sie machten geltend, dass dies faktisch einem «Dementi», einem Widerruf, einer Preisgabe hehrer Prinzipien, einem «Peccavi», einer Wiederholung des Ganges von Heinrich IV. im Jahr 1076 nach Canossa an den päpstlichen Hof – so Regierungsrat Zehnder – gleichkäme. Denn schon 1836 sei das «(...) System des langsamen Todes» des Klosters gewollt gewesen. Käme es gar zu einer Rückgängigmachung der Aufhebung des Klosters, so würde damit indirekt erklärt, die Kantone, welche in den Dreissiger- und Vierzigerjahren des 19. Jahrhunderts Klöster aufgehoben hätten, seien dabei rechtswidrig vorgegangen. Die Folge davon wäre wohl, dass hier und dort bereits aufgehobene Klöster wiederhergestellt würden. Hierzu Anstoss zu geben, passe nicht zu einem «Zürich Zwingli's». Auf den Vorteil, dass bei Wiederherstellung des Klosters der Kanton Zürich in den Gebieten des seinerzeitigen Sonderbundes als tolerant gelobt würde, glaubte man spöttisch, verzichten zu können. Denn ein Entgegenkommen würde bei den Gegnern nur kurzfristig ein Stillhalten bewirken. So wurde angenommen, dass sie bald danach wieder an den Weiterausbau der alten Machtpositionen gehen würden. Zudem sei bei den «Ultras» und den «Exaltierten» unter den Katholiken das Ansehen des Kantons Zürich ohnehin schon so tief gewesen, dass es auch bei einer Klosteraufhebung nicht habe tiefer sinken können. Es geht hier um die Problematik des Begriffs der Gefahr und der Legitimation des Einschreitens gegen etwas als schlecht Angesehenes, das noch nicht da ist, aber in Zukunft entstehen könnte.⁹³

Es überrascht, dass die Befürworter der Klosteraufhebung diesen Staatsakt den Verfassungsartikeln über die Glaubensfreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Vereinsfreiheit und die Eigentumsgarantie überhaupt nicht oder nur ungenügend gegenüberstellten und das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit gar nicht zur Sprache brachten.

Es steht wohl fest, dass die Aufhebung des Klosters Rheinau höchstens dann rechtmässig gewesen wäre, wenn sie als Notstandsaktion, als Massnahme in einem Ausnahmezustand, hätte gedeutet werden können. Nun gab es aber zumindest damals weder im Kanton Zürich noch im Bund im geschriebenen Recht so etwas wie Notstandsklauseln. In der Rechtstheorie ist es umstritten, ob auch ohne eine solche Grundlage von der verfassungs- oder gesetzmässigen Ordnung abgewichen werden dürfe. Giacomettis Antwort ist eindeutig negativ⁹⁴, diejenige von Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr bleibt eher

⁹³ Rudolf Kappeler (Fn. 53), S. 24-46.

⁹⁴ Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti (Fn. 21), S. 780-786.

offen⁹⁵. Aber wie dem auch sei: Im Falle von Rheinau wurde für die Jahre 1862 und darum herum ein Notstand nicht geltend gemacht. Die vom Regierungsrat und von Mitgliedern des Grossen Rates sowie der NZZ schon 1836, aber auch 1862 wieder vorgebrachte Behauptung, das Kloster Rheinau habe nicht mehr dem Geist der Zeit entsprochen, ist schon allein ein Indiz für das Fehlen eines solchen Notstandes. Man hätte ja in diesem Fall einfach die Zeit ihr Werk tun lassen und erst nach eingetretenem Ende aufräumen können.⁹⁶

Am 5. März 1862 wurde das Gesetz in einer regen Debatte mit 157 Ja-gegen 22 Nein-Stimmen angenommen. Die Schlussabstimmung erfolgte am 22. April 1862.⁹⁷ Unter den Befürwortern befanden sich namhafte Persönlichkeiten der Zürcher reformierten Kirche. Damit waren die Würfel gefallen. Die Kunde habe im Dorf Rheinau eine Jubelfeier ausgelöst, mit Höhenfeuer und Böllerschüssen für jeden der Kantonsräte, welcher für die Klosteraufhebung votierte. Dabei mochte mitgespielt haben, dass das Verhältnis des Klosters zum Dorf Rheinau durch verschiedene Auseinandersetzungen belastet war.⁹⁸ Anstatt des Chorgebetes sollte nun das Schnurren der Spindel und das Hämmern in den Werkstätten erschallen. Die Fabrik sollte der neue Tempel werden, der Kultus der Industrie gelten.⁹⁹ Es kam zur Verlegung des bis dahin zunächst der Stadt Zürich in der Spannweid/Unterstrass gelegenen Spitals in die fernab stehenden Konviktsgebäude des Klosters. Es wurde mit der Unterbringung von mindestens 500 Geisteskranken und körperlich Gebrechlichen sowie mit der Überlassung von ungefähr 255 Jucharten (918'000 m²) Land an die künftige Anstalt, also mit derjenigen von etwa vier Fünfteln der im Kanton Zürich gelegenen unbewaldeten ehemaligen Klostergrundstücke, gerechnet.

⁹⁵ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016, S. 523 f.

⁹⁶ In der NZZ vom 28. Dezember 1861 wurde ohne Namensnennung eine «katholische Stimme von Luzern» abgedruckt, welche - erfolglos - dem Kanton Zürich von einem «Wehtun ohne Not» abriet; Gesamthaft gesehen gleicher Auffassung waren auch Franz Schoch (Fn. 17), S. 17 und Max Stierlin (Fn. 34), S. 69.

⁹⁷ OS, Band 12, S. 383-385. Die Namen der Neinstimmenden sind bei Franz Schoch (Fn. 17), S. 62 aufgeführt.

⁹⁸ Franz Schoch (Fn. 17), S. 48: Wegschnappen von Kaufangeboten durch den Kanton im Namen des Klosters (!), Berechnung der Armensteuer und Loskaufbeträge, Unzufriedenheit mit der Seelsorge durch Pirmin Wipf.

⁹⁹ Zu einer solchen Industrialisierung kam es jedoch nicht, weil die Wasserkraft des Rheines für den Energiebedarf einer Fabrik damals nicht gereicht hätte. Eine realistische Nutzungsmöglichkeit ergab sich erst mit dem aus der Sicht des Umweltschutzes fragwürdigen Rückstau des Rheines in den Fünfzigerjahren des 20. Jahrhunderts.

D. *Das Ende des «langsamen Todes»*¹⁰⁰

Der Abt von Rheinau, der Regierungsrat des Kantons Schwyz – im eigenen Namen und demjenigen der Stände Uri, Obwalden und Nidwalden – sowie der päpstliche Nuntius gelangten wiederum an den Zürcher Regierungsrat, diesmal mit dem Begehren, dem Grossen Rat die Rückgängigmachung des Gesetzes vom 22. April 1862 zu beantragen. In gleichem Sinne wurde der Abt von Einsiedeln vorstellig. Die Reaktion war wieder die Gleiche wie schon 1838, 1846 und 1847: Vollständiges Festhalten an den gefassten Beschlüssen unter Bezugnahme auf die Souveränität des Kantons als einziges Argument. Eine formelle Anfechtung der Aufhebung des Klosters beim Bund wäre, wenn überhaupt, nur beim Bundesrat oder bei der Bundesversammlung oder bei beiden Instanzen möglich gewesen. Das Bundesgericht kam damals wohl zur Beurteilung von Streitigkeiten wie diejenigen betreffend Aufhebung eines Klosters noch nicht in Betracht.¹⁰¹ Die «Schwyzer Zeitung» empfahl zwar den Schritt an die Bundesversammlung. Der Abt erklärte aber, dass ihm hochgestellte kirchliche und weltliche Personen wegen Aussichtslosigkeit hiervon abgeraten hätten. Auf kantonaler Ebene wäre meines Erachtens jedoch noch ein Widerstand gestützt auf das Abtretungsgesetz in Betracht gekommen. Das wurde offenbar seinerzeit klosterseitig von niemandem erwogen. Möglicherweise aus Scheu davor, die religiöse Angelegenheit damit in ein ungünstiges pekuniäres Licht zu stellen oder aus Mangel an Vertrauen in die Fairness der staatlichen Instanzen.

Hierauf erging der Befehl an den Konvent, die Lokalitäten innert vier Monaten zu verlassen. Der Abt und die Mönche legten hiergegen beim Regierungsrat eine «feierliche Verwehrung» ein.¹⁰² Die Übergabe erfolgte am 6. Mai 1862 in einem formellen Akt.¹⁰³

Es gehörten damals mit dem Abt noch zehn Mönche zum Kloster. Die Mehrheit von ihnen hatte einen grossen Teil ihres Lebens hier verbracht. Manche waren gebrechlich. Mitnehmen durften sie nur ihre persönlichen Habseligkeiten. Abt und Mönche sowie Laienbrüder wurden je abgefunden mit einer aus dem Stiftungsguterlös entnommenen, bis zum Lebensende laufenden Rente. Abt Ineichen zog ins Frauenkloster Sankt Katharinental im Thurgau, welches auch bald aufgehoben wurde. Hierauf siedelte er ins Stift Schänis im Kanton Sankt Gallen über, wo er am 7. September 1874 starb.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Formulierung von Regierungsrat Zehnder.

¹⁰¹ Siehe Art. 101 der Bundesverfassung von 1848.

¹⁰² Text ist wiedergegeben in: Franz Schoch (Fn. 17), S. 69 f.

¹⁰³ Zum Verlauf siehe detailliert Franz Schoch (Fn. 17), S: 69 f. und die Vormerknahme hiervon mit RRB Nr. 704 vom 8. Mai 1862.

¹⁰⁴ Im Jahr 1934 «(...) wurden seine sterblichen Überreste in der Klosterkirche Rheinau beigesetzt», Max Stierlin (Fn. 34), S. 85.

Die übrigen Mönche wohnten von nun an verstreut bei Verwandten an ihrem Heimatort oder wurden von andern Klöstern aufgenommen.

Zurück blieben in Rheinau einstweilen nur die Patres Ambrosius Rösler, welcher in der Kirche den Dienst des Organisten besorgte, und Pirmin Wipf. Dieser weigerte sich, das ihm gemäss kanonischem Recht anvertraut gewesene Amt des Pfarrers von Rheinau aufzugeben.¹⁰⁵ Das führte noch zu längeren Auseinandersetzungen mit dem Grossen Rat.¹⁰⁶

Bemühungen um den Aufbau eines neuen Tätigkeitsfeldes in einem andern Kanton, z.B. die Schaffung einer Diözese Innerschweiz mit dem Abt von Rheinau als Bischof oder die Gründung eines unter seiner Leitung stehenden Internates in Schwyz oder Brig¹⁰⁷ erwiesen sich aus kirchenpolitischen Gründen sowie wegen des Alters und des prekären Gesundheitszustandes der meisten Mönche nicht als erfolgversprechend.

Es herrschte Mitte der Sechzigerjahre des 19. Jahrhunderts bei den Konventualen und ihren Anhängern eine Resignation sondergleichen sowie das Gefühl des Alleingelassenwerdens und Ausgestossenseins im eigenen Land. Die Verbitterung wurde noch vergrössert durch die geschmacklose Weise, wie in dem kurz nach dem 4. März 1862 durchgeführten traditionellen Zürcher Sechseläutenumzug auf die Klostersaufhebung Bezug genommen wurde.¹⁰⁸ Damit erfuhr das eben erst in Gang gekommene innereidgenössische Einvernehmen einen herben Rückschlag. Eine Annäherung entstand dadurch, dass die ehemaligen Sonderbundskantone an der Abwehr der Preussischen Militärkräfte im sogenannten Neuenburgerhandel und an Schützenfesten teilgenommen haben.

In der NZZ-Nummer vom 25. August 1862 wurde ein Bericht des Winterthurer Blattes «Der Landbote» mit folgenden knappen Worten wiedergegeben: «Sonntag, den 17. August 1862, fand der letzte religiöse Akt der Klosterherren in Rheinau statt (...). Der Prior des Klosters hielt in Anwesenheit einer ziemlich grossen Anzahl von Teilnehmenden das sog. Hochamt. Nach Beendigung der Feier entfernte sich die Menge in aller Ruhe und stiller

¹⁰⁵ RRB Nr. 864 vom 9. Mai 1863.

¹⁰⁶ Max Stierlin (Fn. 34), S. 83 f. Als im Jahre 1881 in Kaiserstuhl Pater Basilius Maienfisch, der frühere Klosterbibliothekar, starb, fanden sich in seinem Nachlass zentnerweise Bücher, vereinzelt auch wertvolle. Leider wurden diese von den Erben an einen Antiquar veräussert. Vgl. Franz Schoch (Fn. 17), S. 72 ff. Wie weit diese Werke bei der Inventarisierung übersehen, verkannt oder verheimlicht worden sind, kann ich nicht beurteilen.

¹⁰⁷ Dort standen Räume seit der Vertreibung der Jesuiten leer.

¹⁰⁸ Mit Berichterstattung hierüber, unter Verschweigung des Karnevalcharakters des Anlasses, auch ins Ausland (z.B. einer Beichtszene zwischen Dirnen und betrunkenen Mönchen). Die NZZ distanzierte sich allerdings am 16. April 1862 etwas hiervon.

Selbstbeschäftigung aus den seit Jahrhunderten so vielbesuchten Klosterräumen.»¹⁰⁹

So geht eine von Ungerechtigkeit geprägte Episode zu Ende.¹¹⁰ Umso beruhigender ist es, dass Regierungspräsident Markus Notter in seinem Grusswort zum symbolischen Spatenstich vom 24. Februar 2002 für das in einem Seitenflügel der ehemaligen Konviktsgebäude dem Frauenorden der Spirituellen Weggemeinschaft zur Verfügung gestellte «Haus der Stille» öffentlich sagte, die Klosteraufhebung von 1862 gelte «als eher unrühmliches Kapitel der neuern Zürcher Geschichte».

E. Hätte das Kloster gerettet werden können?

Stierlin ist der Auffassung, dass diejenigen, welche annehmen, «(...) das Kloster wäre bei gutem Willen und in Zusammenarbeit von kirchlichen Behörden zu retten gewesen» (...) von falschen Voraussetzungen [ausgehen]». Denn sie hätten den erstarkten und gewachsenen Benediktinerorden in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vor Augen; am Anfang der Sechzigerjahre des 19. Jahrhunderts habe es hingegen kaum Ressourcen zu einer Neubelebung gegeben. Der erstaunliche Neuaufschwung des Benediktinerordens habe erst später eingesetzt.¹¹¹ Diese Beurteilung dürfte wohl zutreffen. Dabei ist auch in Betracht zu ziehen, dass die damalige Stagnation, der damalige Rückgang, zu einem wesentlichen Teil auf die im 19. Jahrhundert europaweit gegen Klöster und Orden gerichteten staatlichen Massnahmen und sonstigen Schikanen zurückzuführen war.

Richtet man den Blick auf die heutige Zeit, so stellt man fest, dass nicht mehr staatliche Eingriffe den Grund für das Ende von Klöstern bilden, sondern das Fehlen des Interesses für den Eintritt in solche. Selbst in Kantonen, in welchen im 19. Jahrhundert für den Erhalt der Klosterkultur wortwörtlich auf die Barrikaden gestiegen wurde, gehen heute Klöster sang- und klanglos ein (z.B. das Kapuzinerkloster Stans). Das steht in einem eigenartigen Gegensatz zu der heutzutage in manchen Kreisen verbreiteten Hingezogenheit zur Spiritualität des asiatischen, insbesondere des tibetischen Klosterlebens.

¹⁰⁹ Vgl. NZZ vom 25. August 1862.

¹¹⁰ Siehe hierzu auch Kuno Bugmann, Das benediktinische Rheinau, und Max Iseli, Rheinau heute, in: Gemeinderat Rheinau (Hrsg.), Rheinau, Rheinau 1978, S. 51-81 und S. 105-110; Hans Kläui, Vor hundert Jahren: Die Aufhebung der Benediktinerabtei Rheinau, in: Zürcher Chronik 1962, Nr. 1, S. 2-6.

¹¹¹ Max Stierlin (Fn. 34) S. 85 f.

VIII. Schlussbemerkungen

Es ist schon merkwürdig: Da wurde in den Dreissigerjahren des 19. Jahrhunderts mit der Schaffung einer neuen Kantonsverfassung ein ganzer Kanton mit grossem Pathos wegen bisher fehlender Freiheitsrechte und Eigentumsgarantie sowie wegen bisheriger Willkürherrschaft von Grund auf umgekrempt. Zudem wurde 1838 das Abtretungsgesetz eingeführt. Dann wird 1848 schweizweit die Vereinsfreiheit hinzugefügt. Zusätzlich wird 1855 im Kanton Zürich der Bestand der Stiftungen sowie des Privateigentums allgemein durch das Privatrechtliche Gesetzbuch auf eine feste normative Basis gestellt. Aber bald nach dem jeweiligen Inkrafttreten kümmern sich die Protagonisten des Umbruchs keinen Deut mehr um Rechtsstaatlichkeit oder sie behaupten sogar, mit fadenscheiniger Begründung, ihr Vorgehen stehe damit im Einklang.

Ein Besuch bei Johann Caspar Bluntschli an der Johns Hopkins University in Baltimore/USA

Johann Caspar Bluntschli starb am 21. Oktober 1881 in Heidelberg. Die Erben boten seine Bücher und persönlichen Schriften zum Verkauf an. In jener Zeit studierten in Heidelberg amerikanische Studenten. Sie wollten die deutsche Wissenschaft kennenlernen, um sich in der Neuen Welt mit dem erworbenen Wissen nützlich zu machen und dort ebenfalls die moderne deutsche Wissenschaft einzuführen¹. Die politische Öffentlichkeit der USA schätzte Bluntschli, weil er verschiedene Schriften über die USA verfasste und ein dreibändiges Werk über die USA auf Deutsch übersetzte². Vor allem aber half er den völkerrechtlichen Streitfall um das Kriegsschiff Alabama zwischen den USA und Grossbritannien zu lösen.

Die Gelegenheit, diesen Nachlass zu erwerben, ergriffen deutsche Bürger in Baltimore und schenkten ihn der 1876 gegründeten Johns Hopkins University³. Diese verband als erste amerikanische Universität nach dem deutschen Modell Forschung und Lehre miteinander. Der Nachlass kam nach Baltimore; er bestand aus einer grösseren Zahl von Manuskripten, Vorlesungen, Briefen sowie etwa 3000 Büchern. Der Teilnachlass und die Bücher

* Es handelt sich um ein Kurzreferat, das der Autor anlässlich des jährlichen Treffens des Arbeitskreises für Verfassungsgeschichte am 7. Februar 2017 an der Universität Zürich gehalten hat.

¹ Stefan Paulus, *Vorbild USA? Die Amerikanisierung von Universität und Wissenschaft in Westdeutschland 1945-1976*, München 2010, 450 f.

² Johann Caspar Bluntschli, *Die Gründung der Amerikanischen Union von 1787*, Berlin 1868, englisch: *The Foundation of the American Union*, Berlin/London/New York 1872; Bluntschli übersetzte die von 1855 bis 1870 in vier Auflagen erschienene «Histoire des Etats-Unis», 3 vol., von Edouard-René Lefèbvre de Laboulaye ins Deutsche, *Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika*, 3 Bände, Heidelberg 1868-1870. Bluntschli beschäftigte sich auch mit Grossbritannien: *Tröstlicher Gedanke – Englische und deutsche Art*, in: *die Gegenwart*, Wochenschrift vom 10.9.1881, Nr. 37, S. 161-164, wo er die deutsche Reichsverfassung in der Entwicklung des modernen Staates «höher und dem Staatsideale näher als die parlamentarische Parteiregierung Englands» wertete. Aus dem Rückblick betrachtet irrte er mit dieser These, aber vielleicht wollte er nur seine Loyalität gegenüber dem Deutschen Reich aussprechen.

³ Die Zeitungen von Baltimore berichteten von der Übergabefeier des Nachlasses ausführlich: *Baltimore American*, Thursday, december 21 1882; *Der Deutsche Korrespondent*, Baltimore, 21. Dezember 1882; *The Sun*, Baltimore, Thursday, december 21 1882; *Stadt Baltimore*, Donnerstag 21. Dezember 1882; Daniel Coit Gilman, Bluntschli, Lieber and Laboulaye, privately printed for a few friends in Baltimore, 1884.

lagern seither in der Milton S. Eisenhower Library der Universität. Diese Zusammenhänge sind heute weitgehend vergessen. Deshalb überrascht, dass ein Teil des Nachlasses von Bluntschli in den USA ist, während dem die Zentralbibliothek Zürich den grösseren Teil verwahrt⁴. Der selten besuchte Teilnachlass von Johann Caspar Bluntschli in Baltimore⁵ enthält nebst vielem anderem auch interessantes Material für die schweizerisch-amerikanischen Geistesbeziehungen und die Geschichte des Völkerrechts.

In erster Linie ist es für den Bluntschli-interessierten Forscher in Europa wichtig zu wissen, was für Bestände der Teilnachlass an der Johns Hopkins University aufweist. Die Homepage der Universitätsbibliothek gibt den Inhalt der 12 Archivschachteln detailliert wieder⁶. Er umfasst etwa die Mitschriften von Bluntschli, die er als Student aus besuchten Vorlesungen verfasst hat. Es handelt sich dabei um gebundene Bücher mit einer klaren Ordnung und gut lesbarer Schrift. So finden sich die Mitschriften «Römisches Zivilrecht» bei Friedrich Ludwig Keller in Zürich (1827) oder die Mitschriften «Pandekten I-III» bei F.C. Savigny in Berlin 1827/28 sowie zahlreiche weitere Vorlesungen, die der junge Bluntschli besucht hat. Von grossem Interesse sind seine eigenen Vorlesungen in Zürich, München und Heidelberg, die er fein säuberlich niedergeschrieben hatte. So behandeln seine niedergeschriebenen Unterlagen die Vorlesungen zum Zürcher Privatrecht von 1835/36, zu einem Verfassungsvergleich Schweiz/USA von 1838/39 und weitere Vorlesungen etwa zum Handelsrecht, Feudalrecht, Sachsenspiegel, Deutsche Rechtsgeschichte, Familienrecht oder zum Römischen Recht. Weiter finden sich umfangreiche Notizen und Exzerpte zum Ehe- und Erbrecht, zum Personenrecht, zur Geschichte der Schweiz, zu den Rechtsquellen von Zürich und zu vielem mehr.

Dieser Korpus von Vorlesungsmitschriften und Notizen seiner eigenen Vorlesungen regt zum Nachdenken an. An Hand der enorm umfangreichen Notizen zum Personenrecht oder zum Familienrecht könnte der geneigte Leser die Frage aufwerfen: Was würde diese Vorlesung den Studenten der Gegenwart noch übermitteln? Ist sie nicht völlig veraltet? Selbstverständlich sind in seinen Notizen aktuelle Fragen nicht berührt, weil sie damals gar nicht möglich und nur schwer vorstellbar waren, namentlich Fragen der Fortpflanzungsmedizin, der Vaterschaftsnachweise oder der homosexuellen Ehe.

⁴ Signatur: FA Bluntschli 1-39e, mit 4,5 Lfm., dazu: Jean-Pierre Bodmer, Katalog der Handschriften der Zentralbibliothek Zürich, Band III, Familienarchive, Zürich 1996, 37-74.

⁵ Nach Auskunft des zuständigen Bibliothekars, James Stimpert, Special Collections der Sheridan Libraries kommen nur alle paar Jahrzehnte Forscher oder Dissertanten, um den Nachlass anzusehen, so etwa die Autoren Lehner (Anm. 13) oder Roeben (Anm. 16). Der Autor dieses Beitrags suchte die Milton S. Eisenhower Library der Johns Hopkins University im September/Oktober 2016 auf.

⁶ <http://aspace.library.jhu.edu/repositories/3/resources/151>.

Bluntschli hatte seine Vorlesungen nicht einem geltenden Gesetzbuch entlang konzipiert, wie das in den heutigen Lehrbüchern und Lehrveranstaltungen gang und gäbe ist. Er war von keinem Gesetzgeber abhängig, sondern er hat das gemeine Recht zum Ausgangspunkt genommen. Dabei hat er die sich stellenden Fragen grundsätzlich beantwortet. So behandelt er bei der Eheschliessung alle denkmöglichen Ungültigkeitsgründe wie etwa die Zwangsehe oder die Kinderehe. Das Personenrecht bearbeitet er auf eine umfassende Art und Weise, selbstverständlich gehören etwa auch die Gemeinden zum Personenrecht. Er stellt das Gemeinderecht umfassend dar, so wie das heute in einem Handbuch des kantonalen Staatsorganisationsrechts der Fall ist und kommt auf Fragestellungen, die damals und heute aktuell sind. Besuchte ein Student heute Bluntschlis Vorlesungen, so wäre die Stoffdarstellung zwar veraltet, denn sie behandelte das geltende Recht nicht. Die grundsätzliche Reflexion der Themen machte den Vorlesungsbesuch indessen wertvoll und wäre die beste Vorbereitung für eine Person, die international, staaten- und kulturübergreifend tätig ist und mit vielen Rechtsordnungen zu tun hat. Seine Vorlesungen besitzen einen zeitlosen Charakter; sie werden die heutigen Lehrbücher und Vorlesungen überdauern.

Neben den Vorlesungsmitschriften und Vorlesungsunterlagen enthält der Teilnachlass Rechtsgutachten. Viele davon sind gedruckt. Diese beschäftigen sich mit zahllosen Themen aus allen Rechtsgebieten und der Politik. Sie zeigen, dass Bluntschli auch in dieser Hinsicht als ein juristischer Universalgelehrter tätig war. Viele Gutachten betreffen grenzüberschreitende Sachverhalte und sie enthalten demzufolge auch völkerrechtliche Passagen⁷. Bluntschli beschäftigte sich intensiv mit dem Völkerrecht. Er verfasste mehrere Beiträge und legte verschiedene Teilkodifikationen des Völkerrechts vor⁸ und grosse Bedeutung erlangte seine in drei Auflagen erschienene Kodifikation des Völkerrechts⁹. Sie wurde ins Französische und Englische übersetzt und breit rezipiert. Die Entwicklung und Stärkung des Völkerrechts war das Anliegen von zwei internationalen Vereinigungen. Das akademisch ausgerichtete Insti-

⁷ Johann Caspar Bluntschli, Gutachten: Ist das Urtheil des Appellationsgerichtshofes zu Nancy vom 3. August 1872 im Grossherzogthum Baden vollstreckbar? Heidelberg 1875; Ders., Zweites Rechtsgutachten betreffend Vollstreckbarkeit eines Urteils des Appellationsgerichtshofes zu Nancy vom 3. August 1872, Heidelberg 1876.

⁸ Johann Caspar Bluntschli, Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere: eine völkerrechtliche Studie, Nördlingen 1878; Das moderne Kriegerrecht der civilisirten Staaten, 2. Aufl., Nördlingen 1874; Das moderne Völkerrecht in dem Kriege 1870: Rektoratsrede, Heidelberg 1870; Die Bedeutung und die Fortschritte des modernen Völkerrechts, Berlin 1866; Das moderne Kriegerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen 1866;

⁹ Johann Caspar Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 3. Aufl., Nördlingen 1878; die 2. Aufl. erschien 1872 und die 1. Aufl., 1868.

tut de Droit International begründeten an einem Treffen vom 8. bis 11. September 1873 in Gent Professoren, darunter auch Johann Caspar Bluntschli, der 1875 Präsident wurde. Auf der andern Seite verfolgte die im Oktober 1873 in Brüssel gegründete «Gesellschaft für die Kodifikation und Reform des Völkerrechts» (Association for the Reform and Codification of the Law of Nations, seit 1895 International Law Association) das gleiche Ziel, aber auf praktisch-politischer Ebene. Mitglieder waren deshalb nicht nur Juristen, sondern Industrielle, Grosshändler oder Philanthropen¹⁰. Zu Beginn waren beide Vereinigungen bestrebt, das Völkerrecht zu kodifizieren, nachdem einzelne Autoren, wie Bluntschli im Jahr 1868¹¹ oder David Dudley Field (1805-1894) im Jahr 1872¹², schon eigene Entwürfe verfasst hatten. Die beiden fast gleichzeitigen Gründungen im Jahr 1873 waren kein Zufall, sie knüpften unmittelbar an einen gelösten Fall, an dem Bluntschli wesentlichen Anteil hatte.

Der Einsatz Bluntschlis für die Entwicklung des Völkerrechts erlangte in einer Schrift von 1871 für die Schweiz ein unerhörtes, heute weitgehend vergessenes Ausmass, das nach Europa und Nordamerika ausstrahlte. Ein völkerrechtlicher Konflikt zwischen Grossbritannien und den USA und seine Lösung hatten der Schweiz und dem Kanton Genf internationales Ansehen eingebracht. Während des Sezessionskrieges beachtete Grossbritannien entgegen seinen offiziellen Verlautbarungen nicht die Neutralität, sondern unterstützte die Südstaaten passiv. Letztere anerkannte es als kriegführende Partei und liess zu, dass die Südstaaten zwischen 1862 und 1864 in britischen Häfen Schiffe bewaffneten. Die Regierung in Washington protestierte dagegen. Eines dieser Kriegsschiffe der Südstaaten, die Alabama, brachte Handelsschiffe der Union auf. Ein Kriegsschiff der Union, die Kearsage, versenkte am 19. Mai 1864 die Alabama vor der Stadt Cherbourg. Nach dem Krieg verlangten die USA von Grossbritannien eine Entschädigung¹³. Damit war die völkerrechtliche Streitfrage gestellt. Die Spannungen zwischen den beiden Staaten nahmen zu. Die USA schlugen im Juni 1866 die Lösung dieser Frage durch ein Schiedsgericht vor und Grossbritannien willigte erst nach langem Zögern im Vertrag von Washington vom 8. Mai 1871¹⁴ ein. Der Vertrag sah fünf Schiedsrichter vor

¹⁰ Mark Weston Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939*, Oxford 2010, 135.

¹¹ Anm. 9.

¹² David Dudley Field, *Draft Outlines of an International Code*, vol. I-III, New York 1872 und dazu Janis (Anm. 10), 120-123.

¹³ Zur Schilderung der Umstände z.B. Janis (Anm. 10), 131-143; Historisch-Biographisches Lexikon der Schweiz, Band I, Neuenburg, 1921, 196 f.; Felix Lehner, J. C. Bluntschli Beitrag zur Lösung der Alabamafrage. Eine Episode im Werden der transatlantischen Solidarität, Zürich 1957.

¹⁴ Wilhelm G. Grewe (Hrsg.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, Band 3/1, Berlin/New York 1992, S. 227-231 mit Vertrag und Schiedsspruch.

(aus den USA, Grossbritannien, Italien, Brasilien und der Schweiz)¹⁵. Damit war das Verfahren geklärt. Johann Caspar Bluntschli befasste sich in einem Artikel «Option impartiale sur la question de l'Alabama et sur la manière de la résoudre»¹⁶ mit der Angelegenheit. Er kam zum Ergebnis, dass Grossbritannien mit der Bewaffnung der Schiffe sich einer «inobservation fautive des devoirs d'un État neutre et ami vis-à-vis de l'Union» schuldig gemacht habe «et celle-ci a droit de ce chef à demander satisfaction et réparation à la Grande-Bretagne»¹⁷. Die amerikanische Regierung liess den Text umgehend übersetzen und veröffentlichte ihn durch die Regierungsdruckerei¹⁸. Das Schiedsgericht folgte dieser Beurteilung und verurteilte Grossbritannien am 14. September 1872 zur Zahlung von 15 500 000 Dollar an die USA. Grossbritannien nahm das Urteil an und Schiedsrichter Jakob Stämpfli erhielt für sein unparteiisches Wirken viel Lob, das sich auf die Schweiz und die Stadt Genf erstreckte. Der Prozess fand im Hotel de Ville von Genf statt. Das Genfer Rathaus ist bis heute mit dem Alabama-Saal ausgestattet. In diesem Festsaal tagte nicht nur das Schiedsgericht, sondern die Staatenvertreter unterzeichneten dort auch die erste Genfer Rotkreuzkonvention von 1864 und ihre Revision von 1906¹⁹. Die Presse²⁰, aber auch die internationale Staatengemeinschaft beachteten den Alabama-Prozess stark, da er ein zwischenstaatliches Problem mit den friedlichen Methoden des Rechts löste. Die Schweiz übernahm aus dieser Erfahrung gerne die Rolle als einer Förderin der friedlichen Streitbeilegung. Die amerikanischen Parteivertreter und der amerikanische Schiedsrichter bedankten sich: «Mit Innigkeit danken wir dem Genfer Staatsrath für die wohlwollende

¹⁵ Jakob Stämpfli (alt Bundesrat) James Cockburn (Lord chief justice, England), Charles Francis Adams (Sohn des 6. US-Präsidenten John Quincy Adams und Botschafter in London), Präsident des Schiedsgerichts Friedrich Sclopis (Staatsminister von Italien) und Baron von Itayuba (brasilianischer Botschafter in Paris).

¹⁶ *Revue de droit international et de législation comparée*, Tome II, 1870, 452-479 mit einem Appendice à l'article qui précède – Lettre de M. Lieber sur l'arbitrage international, S. 480-485. Es ist von grosser Bedeutung, dass der Vorschlag zur Einsetzung eines Schiedsgerichts, Bluntschlis Brieffreund Francis Lieber (1800-1872) unterbreitet hatte. Lieber war aus Deutschland geflohen und wirkte in den USA als Herausgeber, Berater und Professor, Betsy Röben, Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht 1861-1881, Baden-Baden 2003.

¹⁷ Bluntschli (Anm. 16), 479.

¹⁸ *An impartial opinion on The Alabama Question and the manner of settling it*, Washington: Government Printing office 1871.

¹⁹ Übereinkunft zur Verbesserung des Loses der im Kriege verwundeten Militärs, abgeschlossen am 22. August 1864, AS A.F. VIII (1866) 520-530, die Übereinkunft wurde 1906 in Genf revidiert, AS N.F. XXIII (1907) 181-201.

²⁰ Die Zeitungen berichteten lückenlos über den Prozess: z.B. NZZ vom 11.9.1871, Nr. 466, S. 1; vom 3.2.1872, Nr. 60, S. 1; vom 7.2.1872, Nr. 68, S. 3; vom 9.2.1871, Nr. 71, S. 1; vom 13.2.1872, Nr. 78, S. 1 f.; vom 16.6.1872, Nr. 302, S. 1; vom 16.6.1872, Nr. 303, S. 3; vom 28.7.1872, Nr. 380, S. 2; sowie die Anm. 21.

Gesinnung, die er gegenüber den Repräsentanten der Vereinigten Staaten von Amerika gezeigt hat. Wir können ohne Scheu erklären, daß diese Gefühle ein treues Echo in der Freundschaft der Vereinigten Staaten für die schweizerische Eidgenossenschaft und besonders für die Republik Genf finden. (...) Auch bringen wir in unser fernes Land unvergessene Erinnerungen aus Genf, diesem Vaterland des Geschmacks, der Bildung, der Wissenschaft und der Ehre zurück.»²¹

Nach dem Genfer Rotkreuzabkommen von 1864²² setzte das Alabama Schiedsgericht einen weiteren Pfeiler für die von der Schweiz verfolgte Mission, «dass im Spiel der mannigfachen Kräfte, welche das Leben der Staaten bewegen, das Recht zu seiner ganzen Geltung komme»²³ solle. Die Schweiz unterstützte die Verrechtlichung der internationalen Beziehungen fortan. Nachdem sich die Kodifikation des Völkerrechts nicht zwingend als Voraussetzung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erwies, verlagerten sich die Bestrebungen in die Richtung der letzteren²⁴. So plante Bundesrat Ruchonnet 1883 die Schaffung eines ständigen Schiedsgerichts zwischen der Schweiz und den USA, um nach dem Vorbild des Alabama-Verfahrens alle völkerrechtlichen Streitfälle friedlich zu erledigen²⁵, was aber scheiterte. Die Bemühungen kulminierten 1920 mit dem Beitritt der Schweiz zum Völker-

²¹ Das Alabama-Schiedsurteil ist zusammen mit diesem Dank etwa in der NZZ im Volltext publiziert, NZZ vom 18.9.1872, Nr. 474, S. 1, vom 19.9.1872, Nr. 476, S. 1 f. (das Zitat stammt von dieser Ausgabe S. 2). Siehe ferner die Toasts von Bundespräsident Welti und Schiedsgerichtspräsident Scolpi am 13. September 1872, Intelligenzblatt der Stadt Bern vom 14.9.1872, Beilage zu Nr. 219, S. 6, die beide die grosse Rolle der Schweiz hervorhoben. Auch die ausländische Presse berichtete, z.B. Berliner Börsen-Zeitung vom 16. September 1872, Nr. 433, S. 1.

²² Anm. 19.

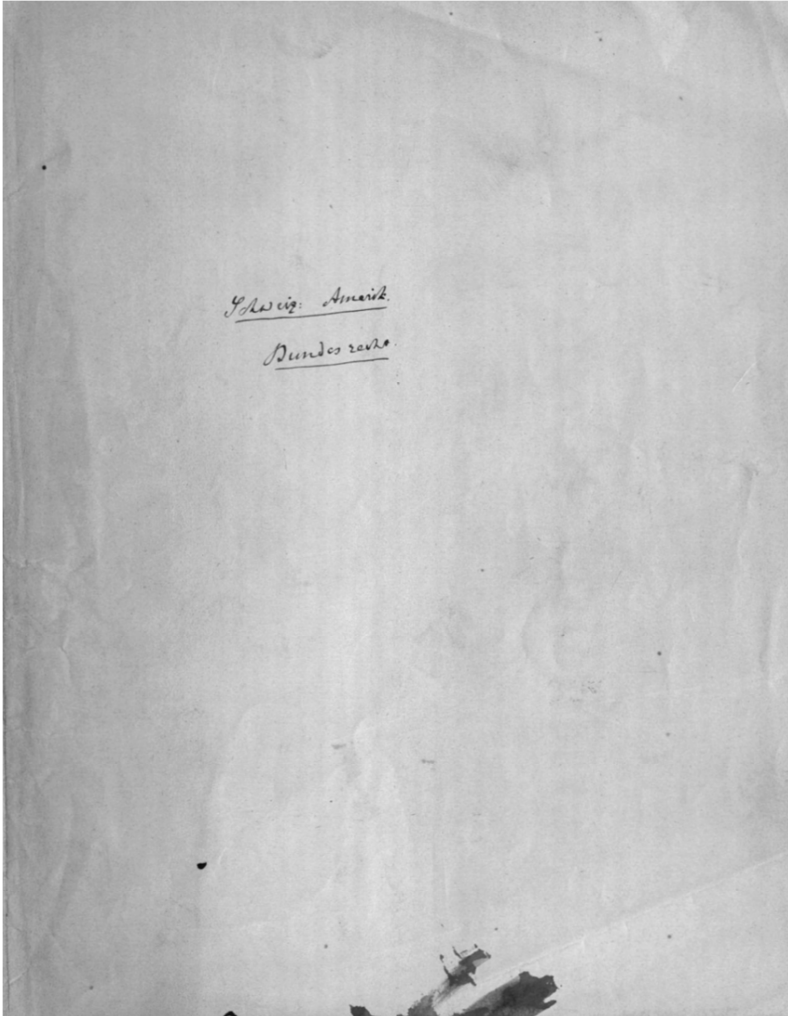
²³ Ansprache von Bundespräsident Emil Welti am 24.8.1880 im Nationalratsaal zur Eröffnung des Kongresses der internationalen Gesellschaft für Reform und Kodifikation des Völkerrechts, in: Hans Weber (Hrsg.), Bundesrat Emil Welti, Aarau 1903, S. 116 f.

²⁴ Salvko Bogdanovic, International Law of Water Resources. Contribution of the International Law Association (1954-2000), London usw. 2001, XVIII.

²⁵ NZZ vom 28.7.1883, Nr. 209, S. 1; Geschäftsbericht des Bundesrates 1883, 474-476 mit dem Entwurf des Vertrags; Geschäftsbericht 1884, 468 und Geschäftsbericht 1893, 99; Geschäftsbericht 1896, 429. Die Idee der Schiedsgerichte blieb international auf der politischen Agenda: NZZ vom 1.2.1897, Nr. 32, S. 1; Max Huber, Die internationalen Schiedsgerichte, NZZ vom 9.2.1908, Nr. 40, S. 1 f. und vor allem die Konvention zur friedlichen Schlichtung internationaler Streitigkeiten vom 29. Juli 1899, AS N.R. 18, 448 ff. = Grewe (Anm. 14), 558-574 und dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Ergebnisse der Haager Konferenz vom 22. Mai 1900, BBl 1900 III 1-44. Das Abkommen wurde 1907 revidiert, siehe das Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle/Den Haag vom 18. Oktober 1907, Grewe (Anm. 14), 600-605.

bund, was Voraussetzung für Genf als Sitz des Völkerbunds war. Der völkerrechtliche Vordenker Bluntschli und die Schweiz setzten auf das Völkerrecht als ein Instrument der Aussenpolitik und des Friedens. Am 25. September 1950 enthüllte man auf Initiative von Max Huber an Bluntschlis Geburtshaus, der Nr. 45 an der Schipfe in Zürich, eine Gedenktafel: «Diener am Recht der Heimat, der Staaten und Völker»²⁶.

Undatierte Notizen von Bluntschli über die amerikanische Bundesverfassung im Umfang von 5 S., Box 10.



²⁶ NZZ vom 26.9.1950, Nr. 2012, Blatt 4.

Verfassung d. Ver. Staates

v. 17 Sept. 1787.

Einleitung: Wia das Volk: Einheit
im Gegenf. zu den Staaten (Vielheit)
Wia Bundesvertrag, aber v. d.
Staate getrennt, sind. Unionver-
fassung
Weite Zwecke, d. Nachtheile folj.

Art. 1. Gesetzgeb.

S. 1. Auscheidung d. gesetzg. Gewalt u.
Trennung v. d. vollz. Gewalt. Ein-
fluss v. Montesquieu.

Kauf Kaufverordn. v. 1778. Art. V u.
Congress aus v. Abg. d. Staaten. Zehn
Staate. Stimm.

Sect. 2. alle 2 Jahre. In d. Colonien
verschied. von 1/2 - 4 Jahren. Ein Jahr
zu kurz, wegen d. gross. Entfernung u. d.
Schwierigkeit weg, sich zu orientiren. Auch
2 Jahre Jahr kurz. Auf d. ein Seite Vertrauen
u. Zufly mit d. Wahlen erholt. auf d.
and. Gefahr rascher Wechsel.

Interpretation

v. d. Volk. Unionvertrag, in v. d. Legislation
mit v. Wahlcollegii. Volksvertret.

Eigenschaften d. Wahlen. Staatsfrage, in

d. Verordnungs. Wahlrecht zu Wahlen beschränkt.
Wen in d. Staat über diese früh erklären.

Große Verschiedenheit d. Stimmrechte
 in den Staat. Fehler, wie in d. Staat v.
 entstehen, wo alle Nationalrechte
 gleich. Freijahren. Steuerpflichtige.
 d. gem. Stimmrecht. Weiße Farbe.
Wahlbarkeit befristet.
 Zahl d. Repräsentanten d. Volkszahl
 befristet. Freie ganz, Sklaven zu 2/5.
 Indianer. Neben, sehr zu wenig. Gegen
 wartige Änderung in d. Verf. (Nur Densel-
 nung der Stimmfähigen Bevölker.) hat es
 nicht.
Direkte Taxe v. Grunde f. d. Staat
 verlegt.
10-jährige Volkszahl.
 Werte als 1 zu 300,000, soll ab. Wert
 gegenw. 1790. 9. Bevölker. $\frac{3,636,912}{5,929,000}$ / d. Stelle
 1860. 91,443,000. (120 Stimm
 1792. 106 Rep. für 1842. 509 200 (in
 auf 127,972.) f. 40)
 damals Will d. d. Graf.
 Wash. versuchte, ist mehr
 Stelle darin, als d. Verf. sollte.
 Schwächt. d. Druckzahl zu
 Werten; Zerst. Denselung
 allen Stelle nach d. Gesamt. Spezial. Engl. Wahlrecht.
 bewält. od. nach d. Staat. impeachment. Anklage d. Verantwortliche
 im erst. Fall leicht e. größere d. Beamten.
 Zahl v. Stell. Zweckmäßig d. Senat.
 Rep. d. d. Major e. Druck. Sect. 3. In d. früh. Congress Abstim-
 mung v. mehr als d. Hälfte nach Staat, jetzt nach Personen. Aber
 in ein Staat für voll gehalten Gleiche Vertretung aller Staaten.
 d. d. Stimmrecht war f. d. versch. Abstammungsprinzip in d. d. Kaufmann
 d. mindere, d. Mehrheit aufz. helfen Rekognosc d. d. Klein e. die
 f. d. größere Zahl

große Staat. Einst. Ausgleich. Dort steht d. große
hier die Klesien.
Wäre d. d. Gesetz. d. d. Volk d. Staat, um
d. Zuf. zu erhalten zw. jenen & dem
Congres & unter Garantie f. Stabm.
Gesellschaftlichkeit. Nov. 1875
d. Regierung, damit die Stille verlor geht.
6-jährige Aushd. gegenüb. d. 2-jähr. d. Repres.
Teilw. Erneuerung - - d. Instanz, orn. - -
Vicere in eigtl. Senator, den in v. ein
Staat, (ind. v. d. Gesamtvolk gewählt.
Gerichtshof bei Staatsprocurat. Verant-
wortlichk.
Einsprüche d. d. Verletzt d. Princip
d. Frey d. Ges.
1) Senat zu mächtige Aristokrat.
2) Schadh. ist d. Senat ist bei pol. Ämtern
in d. Republik unzulässig.
3) es ist ~~am~~ intern. Vertrag (d. d.
zu ^{Körper} polit., zu wenig Gerichte)
Infia: a) Frey im große nötig: Minder & Mehr in
Sinn f. d. Harmonie unzulässig
b) Obere Gerichte in d. f. polit. Kräfte, die
d. wider. Kein Hindernisse, so polit. Garantie
d. Unabhängigk. & Unverletzlichkeit.
c) Engl. Einfluss wider d. Prinzip von d. liber
Aristokrat. In dem Werk
d) Theil. d. Senats an d. Macht & Vertrag
von c. wenig eingegriffen, unq. controlierte.

Souver. Disciplin eines jeden Staates.
 kein Einfluß, in auf strafb. Verbrechen
 v. p. m. 1797 Anst. d. Senats
 O. v. m. w. v. m. ab. i. strafb. Eindeu-
 schen w. m. mit Studien.
 O. v. m. d. n. m. v. l. w. m. w. m.
 Zeit verläßt.
 Sect. 6. N. a. w. m. in d. V. p. d. o. r. a.
 e. k. o. n. i. t. d. O. w. m. O. c. l. e. i. d. i. g. d. K. a. n. g. e. s.
 e. i. n. z. e. l. t. a. t. e. u. i. n. s. t. r. a. f. f. e. n. u. n. d. m. i. t
 G. a. n. g. e. i. s. t. u. i. n. d. d. d. a. u. e. r. d. d. e. p. e. n.
 l. i. n. e. s. M. e. r. k. w. O. v. m. i. e. n. i. f. o. r. m.
 I. n. d. e. r. p. r. a. d. e.
 Sect. 6. E. u. t. p. r. a. e. d. i. g. v. d. U. n. i. o. n. i. n. v. e.
 f. u. n. k. t. i. o. n. v. d. i. n. e. i. g. e. l. S. t. a. t. e. n.
 V. e. r. t. r. a. g. v. e. r. e. a. n. t. e. J. o. h. K. a. n. p. f. f. u. n. d. s. e. y.
 g. e. i. n. d. e. r. E. u. r. o. p. e. i. C. o. n. s. t. i. t. u. t. i. o. n. S. c. h. u. l. d. i. n. k. a. f. t. e.
 E. n. g. l. V. o. r. b. i. l. d.
 R. e. d. e. f. i. c. i. t. i. o. n. e. n. i. n. E. n. g. l.
 A. u. s. f. u. n. k. t. i. o. n. e. n. v. e. r. e. a. n. t. e. G. e. a. n. d. e. r.
 a. l. s. i. n. E. n. g. l. M. i. n. i. s. t. e. r. k. ö. n. n. i. n. C. o. n. g. r. e. s.
 s. i. t. D. a. h. u. n. d. i. n. d. i. c. a. t. e. u. g. e. h. o. r. m. e.
 B. e. t. t. e. i. g. i. g. i. n. o. f. f. e. n. e. d. M. i. n. i. s. t. e. r. h. a. b. e. n.
 e. i. n. e. i. n. e. m. a. l. I. n. t. e. r. i. t. u. n. d. A. u. s. f. u. n. k. t. i. o. n. e. n.
 i. n. d. e. r. E. n. g. l. d. e. r. e. a. l. t. i. g. T. H. e. z. u. s. e. h.
 m. e. n. O. f. f. e. n. b. f. a. k. t. u. n. M. a. n. f. i. n. d. e. t. e. i.
 z. u. g. r. o. ß. S. i. n. f. l.
 Sect. 7. G. e. s. e. h. t. z. u. d. e. n. g. l. R. e. c. h. t. e. u.
 J. o. h. W. a. n. t. b. i. l. d. d. e. p. t. e. r. S. t. a. n. d. e. l. l. s.
 d. S. u. s. p. e. n. s. i. o. n. e. n. d. R. e. a. l. i. t. e. t. e.

Sat. 8. J. Kapf.
Sect. 9. einfährig v. Verform d. i. Jelan.
Auffhebung des Verbots. bis 1808, dan aber
zu spat. ohne Kämpf. bis auf 1861. gewiss
Kunde.

[The following text is extremely faint and largely illegible, appearing to be a continuation of the handwritten notes on the right side of the page.]

RECENSIO LIBRI SELECTI

Etienne Hofmann, *La mission de Henri Monod à Paris en 1804. Contribution à l'histoire des relations franco-suisse au début de la Médiation in Travaux sur la Suisse des Lumières*, vol. XIX. Genève/Paris, Slatkine ; Honoré Champion, 2017, 575 p.

Professeur honoraire de l'Université de Lausanne, Etienne Hofmann a mis à profit le temps libre que lui procure la retraite pour reprendre une question qu'il avait laissée ouverte depuis 1972 : l'envoi par le gouvernement vaudois d'Henri Monod en mission officieuse à Paris en 1804 auprès des autorités françaises. Débordant largement l'année 1804, Etienne Hofmann nous livre une très brillante rétrospective de la Suisse au début de ce XIX^e siècle. Le fil conducteur est la mission de Monod à Paris, de juillet à septembre 1804, période durant laquelle, le Vaudois traite différentes affaires avec les représentants du gouvernement impérial qui se met en place en succédant au gouvernement consulaire. Cette mission intervient alors que Berne est, depuis le début de l'année 1804, le canton directeur, et que nombre de Bernois ont encore de la peine à accepter la souveraineté du canton de Vaud. Il en résulte une animosité entre Berne et Vaud que différents incidents vont encore aggraver.

Pour que le lecteur soit à même de bien saisir les tenants et aboutissants des dossiers traités par Monod à Paris, Etienne Hofmann nous restitue le contexte dans lequel se trouve le continent européen, en particulier la France et la Suisse, tout en retraçant avec brio la vie d'Henri Monod. Il campe son personnage en retraçant les traits saillants de son caractère et les faits marquants de son existence, qui expliquent pourquoi l'exécutif vaudois a fait appel à lui, en 1804, pour défendre les intérêts de son canton dans la capitale française. Relevant que cette personnalité de premier plan n'a pas encore fait l'objet d'une biographie, Etienne Hofmann nous permet de mieux en apprécier les qualités. Il nous montre que Monod, sous l'Ancien Régime, avait subi des blessures d'amour-propre de la part du pouvoir autoritaire de Berne qui considérait le Pays de Vaud comme une quasi-colonie et que cet arbitraire était d'autant plus insidieux qu'il était empreint de paternalisme. Depuis le déclenchement de la Révolution française, Monod considérait comme essentiel un changement de la situation politique du Pays de Vaud sans forcément rompre avec Berne. Néanmoins l'impérialisme de LL. EE. de Berne et leurs prétentions le poussent en 1798 dans le camp progressiste des patriotes helvétiques. Président de la chambre administrative du canton du Léman, sous la République helvétique, après le coup d'état de janvier 1800, il quitte cette fonction pour s'installer à Paris. Si Monod reste convaincu que la nouvelle République doit avoir une structure d'état unitaire, en particulier pour en assurer l'indépendance – ce qu'avait démontré l'invasion française de 1798 – il est d'avis cependant que la législation en Suisse doit être attentive à prendre en compte

la réalité et la diversité de ses peuples. Il se méfie donc d'une centralisation excessive. La guerre civile menée contre la République helvétique par les conservateurs fédéralistes le ramène au pouvoir et, en août 1802, il est nommé préfet du canton de Vaud. A ce poste, il fait preuve d'un grand courage et d'une énergie remarquable alors que le gouvernement helvétique, venu se réfugier à Lausanne, se délite. Dans ces moments des plus critiques pour la République helvétique et pour son canton, il reste convaincu que la seule politique est celle de rester vaudois à l'intérieur de la Suisse. En effet, c'est l'époque où les Vaudois s'opposent entre différentes factions qui veulent, les unes le rattachement à la France, les autres le retour à Berne et d'autres encore l'indépendance. Lors de l'annonce de la médiation de Bonaparte, Monod est désigné comme membre de la délégation représentant son canton à Paris et joue un rôle important au sein de la Consulta helvétique qui durant l'hiver 1802–1803, avec le premier consul, élabore l'Acte de Médiation. De retour dans le canton de Vaud, il est à la tête de la commission chargée de mettre en vigueur la Constitution vaudoise élaborée à Paris instaurant la souveraineté de ce canton. Cette tâche achevée, il est élu au parlement cantonal comme membre à vie puis à l'exécutif vaudois en avril 1803. Après plusieurs mois d'activité intense, il rentre dans le rang pour se consacrer à ses affaires personnelles au début de l'année 1804. Homme de dialogue, Monod est toujours à l'écoute de son adversaire pour connaître ses positions et pour être à même, ensuite, de dégager un consensus acceptable par tous, ce qui n'implique aucune mollesse car, comme l'évoque Bonaparte à son propos : *Un homme énergique est plus près de se raccommoder qu'un autre, et plus sûr dans ses accords*. Homme du juste milieu, Monod se méfie des débordements populaires ; il est favorable à un régime censitaire qui écarte du pouvoir les classes populaires dangereuses mais qui, le cas échéant, peuvent servir de force défensive contre Berne.

Les pages d'Etienne Hofmann nous permettent de comprendre les lignes très profondes de fracture qui, une année après l'élaboration de l'Acte de Médiation, divisent toujours, non seulement le canton de Vaud, mais encore la Suisse tout entière et dont les origines remontent à l'Ancien Régime et à l'histoire compliquée de la République helvétique. Ce sont plus particulièrement les relations entre Vaud et Berne, devenus ou redevenus Etats souverains par l'Acte de Médiation de 1803 – Vaud ayant été émancipé en 1798 et étant comme Berne une circonscription de l'Etat unitaire sous la République helvétique – qui sont examinées.

Dans une analyse extrêmement fine, Etienne Hofmann rappelle que l'Acte de Médiation, en restaurant la souveraineté des cantons, avait redonné vigueur aux Bernois de la tendance conservatrice réactionnaire, partisans du retour à l'Ancien Régime. En effet, ceux-ci voient dans cet Acte une première étape qui aboutirait tôt ou tard à la restauration du régime d'avant 1798.

Cette perspective, on s'en doute, effraie les tenants du clan progressiste favorables aux acquis de la République helvétique et notamment les Vaudois patriotes comme Monod, qui ne veulent pas redevenir des sujets de LL. EE. de Berne. Du côté bernois, la tendance conservatrice plus libérale trouve son porte-parole en la personne de Niklaus Rudolf von Wattenwyl, issu d'une vieille famille patricienne de la cité des bords de l'Aar. Landammann de la Suisse en 1804, il était intervenu avec violence contre un mouvement de mécontentement de la campagne zurichoise provoqué par la question du rachat de la dîme. Celle-ci, forme d'imposition sur le revenu foncier d'origine féodale, consistait en un prélèvement annuel sur une partie de la production agricole dont les bénéficiaires étaient généralement l'Etat et la bourgeoisie. Par une attitude intransigeante et inadéquate, le gouvernement zurichois revenu en mains patriciennes avec l'Acte de Médiation, tout comme celui de Berne, avait finalement provoqué une véritable insurrection, en mars avril 1804, réprimée de façon brutale par des troupes confédérales sous les ordres du landammann Wattenwyl. Cette réaction démesurée peut se comprendre, comme l'explique Etienne Hofmann, par le fait que Wattenwyl, représentant de l'aristocratie bernoise, craignait la propagation de ce mouvement, ce qui n'était pas à écarter car, à cette époque, une grande partie du monde des campagnes du Plateau suisse partageait l'exaspération de ses compères zurichois. Tous ces paysans avaient pensé qu'avec la République helvétique, dîmes et cens – cette dernière catégorie étant constituée de redevances fixes, payables en nature ou en espèces – seraient supprimés. Eu égard à la garantie de propriété, la République helvétique n'avait pas voulu abolir ces charges et, en raison de sa situation économique dramatique, avait même été obligée d'y recourir à nouveau. L'Acte de Médiation précisait que là où ils subsistaient, comme à Zurich, ces droits étaient rachetables à une juste valeur et renvoyait pour le surplus à la législation cantonale. Ainsi pour Wattenwyl, un tel mouvement dans tout le pays, aboutissant à une nouvelle révolution, donnerait à la France le prétexte pour intervenir militairement, avec cette fois, des conséquences des plus dommageables pour l'unité du pays. Il préférerait donc tuer dans l'œuf la sédition.

Parmi les défenseurs les plus clairvoyants du fédéralisme, Wattenwyl souhaite renforcer le seul domaine de l'Acte de Médiation qui maintient une certaine centralisation, à savoir le domaine militaire, et ce, afin d'éviter que ne se reproduise ce qui avait provoqué la chute de Berne et de l'ancienne Confédération : l'invasion française de 1798. Ce renforcement prévu par le landammann Wattenwyl empiète en temps de paix sur les compétences réservées aux cantons par l'Acte de Médiation. Il est paradoxal de relever avec Etienne Hofmann que ceux qui s'opposent à cette centralisation sont justement ceux qui l'avaient défendue sous la République unitaire parce qu'ils étaient devenus particulièrement sensibles à la souveraineté de leur canton

nouvellement acquis et, pour les Vaudois, parce qu'ils craignaient d'en faire les frais en raison des aspirations des tenants de l'aile bernoise la plus conservatrice. Alors que la Diète s'occupe de l'organisation militaire en 1804, Wattenwyl entend quant à lui faire adopter des mesures qui la centralisent au détriment des cantons, outrepassant ainsi ce qui était prévu dans l'Acte de Médiation, raison de l'opposition vaudoise. Celle-ci est également motivée par l'absence d'officiers provenant du canton de Vaud et des nouveaux cantons de 1803 dans le projet de Wattenwyl d'état-major fédéral en temps de paix.

A propos de ces charges féodales de nature réelle, comme la dîme et le cens, auxquelles s'ajoutaient encore d'autres de nature personnelle, observons que, de tous les habitants de Suisse, ceux du canton de Vaud les subissaient le plus lourdement. C'est la raison pour laquelle, au printemps 1802, une partie des paysans vaudois avait décidé d'y mettre fin en brûlant les titres qui les attestaient et qui étaient conservés dans les châteaux et les archives des villes vaudoises. Le calme revenu lors du retour de Monod à la tête de la préfecture du canton de Vaud, les autorités helvétiques réfugiées à Lausanne, face au développement de la guerre civile et de l'avancée des troupes fédéralistes, avaient décrété, le 22 septembre 1802, pour conforter les paysans vaudois dans leur attitude loyale à l'égard de la République, l'abolition de tous les droits féodaux dans ce canton. La dîme et le cens l'étaient mais moyennant rachat par le canton de Vaud à ceux qui les détenaient. Une autre catégorie de charges féodales de nature réelle était supprimée dans la foulée mais sans indemnisation : les lods. Ce droit prélevé lors d'un transfert de propriété immobilière, la République helvétique l'avait transformé en droit de mutation pour ceux qui étaient en mains de l'Etat et aboli sans indemnités pour ceux détenus par des particuliers. Ces derniers, bernois et vaudois, vont alors tout entreprendre pour être indemnisés. En 1804, soutenus par Berne, et son avoyer Wattenwyl, qui est aussi landammann de la Suisse, ils font valoir leurs revendications auprès de la Diète afin de faire plier le canton de Vaud.

La crainte de Monod et des Vaudois, en 1804, est la déstabilisation provoquée dans le canton par les revendications des propriétaires de lods, relayées par le clan pro-bernois et appuyées encore par l'aile ultra conservatrice bernoise qui, avec l'aide du Bernois Wattenwyl, et avec l'appui de la Diète confédérale, pourraient à nouveau déclencher des heurts à l'intérieur du canton de Vaud. Dans cette situation, on redoute à Lausanne, que Wattenwyl, s'il obtenait le renforcement de l'armée auquel il aspirait, n'intervienne, comme il l'avait fait à Zurich pour rétablir l'ordre, donnant ainsi l'occasion aux Bernois de reprendre le contrôle du Pays de Vaud perdu depuis 1798.

Dans la question de la liquidation de la dette de la République helvétique, Etienne Hofmann poursuit son œuvre de pionnier en étudiant la situation

complexe du canton de Vaud à la suite du retour de la Suisse à la structure confédérale. A qui, s'interroge Etienne Hofmann, pourront s'adresser les créanciers de la République helvétique ? En outre, Vaud et Argovie sont nés de la scission d'avec Berne, dont les propriétés doivent être ainsi partagées entre eux. La Consulta de Paris s'en était préoccupée afin d'éviter que les débuts de cette nouvelle Confédération ne soient obérés par un passif trop lourd à assurer et que des contentieux ne mettent à mal la paix retrouvée entre les cantons. L'Acte de Médiation avait ainsi prévu que les avoirs et placements à l'étranger avant 1798, notamment ceux importants de Berne, serviraient en premier lieu à la dette et qu'un éventuel reliquat serait partagé entre Berne et ses anciens sujets. Wattenwyl, qui y participait, s'y était opposé mais ce qu'il n'avait pas obtenu en 1803, il l'obtint alors qu'il est landammann de la Suisse en 1804. En effet, les Vaudois apprennent en 1804 que la commission de liquidation établie par l'Acte de Médiation s'est montrée partielle en faveur de Berne au préjudice des nouveaux cantons. Aucun recours n'est possible contre les décisions de cette commission, si ce n'est celui adressé au médiateur.

Etienne Hofmann décrit avec acuité ce contexte de vives tensions entre forces progressistes et conservatrices, ces dernières manifestant beaucoup de réticences à accepter les acquis de la République helvétique, même tempérés et bénéficiant du soutien du canton de Berne, solidaire des classes dirigeantes d'Ancien Régime. Quant au Pays de Vaud, Berne affirme qu'il ne veut pas se le réapproprier car une telle opération, en raison de l'état moral et politique des Vaudois, aurait comme conséquence de déstabiliser son régime. Etienne Hofmann montre que dans les rapports avec les Vaudois, le comportement d'une personnalité comme Wattenwyl, fier Bernois de vieille souche à la posture hautaine, n'est pas adéquat. Davantage de confiance et d'ouverture de la part du landammann auraient évité bien des tracas comme le remarque un observateur contemporain. De leur côté, les Vaudois ne sont pas en reste. Leur zèle à défendre la toute récente souveraineté de leur canton ne les incite pas au rapprochement avec Berne. Susceptibles et orgueilleux, cassants et incapables d'avoir une attitude conciliatrice, ils sont réduits à s'en référer à Napoléon qui est leur seul soutien. Chaque camp sait pertinemment qu'une fois l'empereur mort, Vaud perdra son soutien. Tels sont l'espoir des conservateurs bernois et la crainte des Vaudois, dont Monod.

Face à cette opposition entre Berne et Vaud, les deux cantons envoient chacun une députation à Paris auprès du médiateur en 1804. Wattenwyl y délègue Affry, le landammann fribourgeois de la Suisse en 1803, pour plaider sa cause dans la question du renforcement de l'organisation militaire et dans celle des lods afin que l'empereur mette les Vaudois au pas. Le gouvernement vaudois, quant à lui, désigne Monod avec la mission comportant les objets principaux suivants : – faire connaître à l'empereur le danger que constituent

les tentatives de violer l'Acte de Médiation projetées par Berne et par un certain nombre de cantons gouvernés par les conservateurs dans le domaine de la défense ; – obtenir de l'empereur qu'il confirme l'attitude vaudoise à propos des lods ; – demander à Napoléon la rectification du résultat obtenu par la commission de liquidation de la dette helvétique pour ne pas porter préjudice aux cantons de Vaud et d'Argovie comme cela a été le cas en faveur de Berne.

Quelle sera la réaction de l'empereur face aux doléances de ces deux ambassades ? Le lecteur la découvrira en lisant les pages passionnantes d'Etienne Hofmann dont l'épilogue n'aura d'ailleurs pas lieu à l'époque de la Médiation, mais sous la Restauration. Ainsi de larges pans d'une période de l'histoire suisse – la Médiation et son contexte – pas encore suffisamment étudiés, nous sont dévoilés par Etienne Hofmann, dans cet ouvrage approfondi et rigoureux, se fondant principalement sur des documents d'archives présentés avec grande clarté.

V. M.