

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

IX



Stämpfli Verlag

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

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

**COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE**

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI

BERNÆ

Anno MMXII

© Stämpfli Editions SA Berne

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.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-8854-8



© Stämpfli Editions SA Berne

PRÆFATIO EDITORUM

Une fois de plus, ce numéro des *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, illustre le vaste champ d'investigation de notre collection, qui couvre des périodes allant de l'Antiquité à nos jours. Cependant, une grande partie de ce fascicule reste consacrée au XVIII^e siècle et, commémoration du tricentenaire de sa naissance oblige, à Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), à qui nous dédions deux articles. Nos lecteurs découvriront également un autre Genevois du siècle des Lumières, peu connu, à travers ses réflexions sur un projet de réforme en Russie. Les pages sur la Savoie du Nord rappelleront l'histoire de cette région limitrophe de la Suisse et les relations particulières qu'elle a entretenues avec notre pays du début du XIX^e au début du XX^e siècle. Enfin, par trois contributions, nous avons encore tenu à rendre un vibrant hommage à l'éminent juriste suisse du XX^e siècle, Max Imboden (1915-1969).

Die Herausgeber bedanken sich bei den Autoren der vorliegenden Ausgabe für Ihre wertvollen Beiträge und dem Verlag für die angenehme Zusammenarbeit.

Teniamo a ringraziare coloro che, grazie alla loro collaborazione, hanno garantito il successo di questo nono numero, in particolare Isabelle Clerc della casa editrice Stämpfli e Lara Broi del dipartimento ginevrino di storia del diritto e delle dottrine giuridiche e politiche.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum	V
Commentationes	
Alfred Dufour	3
<i>Magistrats et ministres genevois face à Rousseau – De la réconciliation (1754) à la condamnation (1762-1765)</i>	
Philippe Avramov	25
<i>La théorie du progrès chez Jean-Jacques Rousseau: une solution pour le droit suisse ?</i>	
Arnaud Campi	59
<i>Ab dictatura – Ad urgentiam: de la dictature romaine à la législation urgente suisse</i>	
Yves Le Roy / François Pictet	69
<i>Un projet de réforme de la poursuite pour dettes sous Catherine II de Russie (1729-1796) : la lettre de François Pierre Pictet (1728-1798) du 27 juillet 1787 à Alexandre Romanovitch Vorontsov (1741-1805)</i>	
Dominique P. Maye	127
<i>La Savoie de 1815 à 1919</i>	
Georg Kreis	141
<i>Max Imboden als engagierter Staatsbürger</i>	
Ronald Kunz	145
<i>Max Imboden als Lehrer des öffentlichen Rechts an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Dieter M. Imboden	165
<i>Max Imboden, der Unbekannte</i>	

COMMENTATIONES

**En marge du tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau**

(1712-2012)

Alfred Dufour*

Magistrats et ministres genevois face à Rousseau – De la réconciliation (1754) à la condamnation (1762-1765)

L'année 2012 ne marque pas seulement le tricentenaire de la naissance du « Citoyen de Genève » ; elle représente aussi le 250^{ème} anniversaire de la condamnation par les autorités politiques genevoises de l'« Emile » et du « Contrat social » et de leur auteur. A l'heure où les cérémonies de ce tricentenaire, propres à toutes les instrumentalisation politiques de la pensée de Rousseau, entraînent certains magistrats locaux, portés par la mode ou victimes de la « tyrannie pénitentielle » de l'historiographie contemporaine, à proposer aux autorités de notre siècle de rapporter la sentence de condamnation du 19 juin 1762, ignorant qu'une telle décision avait déjà été votée lors de la Révolution genevoise de 1792 par le Conseil général en date du 12 décembre de cette année-là¹, il n'est pas inopportun de rappeler dans une perspective purement historique toute la singularité de la condamnation de l'« Emile » et du « Contrat social » à être « brûlés devant la Porte de l'Hôtel de Ville » pour impiété, scandale et subversion, prononcée par les autorités politiques genevoises² ainsi que celle du « décret de prise de corps » à l'encontre de leur auteur « au cas qu'il vienne dans la Ville », sans que ce dernier n'ait été ni convoqué, ni entendu par les autorités compétentes.

L'examen de la singularité de cette condamnation de Rousseau par les autorités politiques genevoises, pour des raisons avant tout religieuses, sans consultation aucune des autorités ecclésiastiques compétentes, offre l'occasion de s'arrêter du même coup, d'une part, à la singularité des relations entre magistrats et ministres genevois aux premiers lustres de la seconde moitié du XVIIIème siècle en général comme en rapport avec la figure de

* Professeur honoraire de l'Université de Genève

¹ Cf. Archives d'Etat de Genève (AEG), *Registres du Conseil (RC)* 300, p.1162. Voir Edit sanctionné en Conseil souverain le 12 Décembre 1792, Chapitre III :Révocation de Jugemens, Art.II : « Le décret porté contre la personne du Citoyen J.J.Rousseau et les Jugemens rendus contre ses ouvrages sont déclarés nuls ». A relever que le 2 mars 1791 le Petit Conseil genevois, tout en se refusant à rapporter «les décrets contre le Sieur Rousseau », les avait déclarés « de nul effet, parce qu'il n'a jamais été ouï »,cf. *RC* 297, fol.294 .

² Dans la sentence du Petit Conseil, l'*Emile* et le *Contrat social* sont qualifiés de « téméraires, scandaleux, impies et tendant à détruire la religion chrétienne et tous gouvernements », cf. AEG, *RC* 262, fol.239. La sentence est reproduite dans la *Correspondance complète de Jean-Jacques Rousseau (CC)* , éd. R. A. Leigh, XI, A 267, p.301-302.

Rousseau en particulier, d'autre part, à l'évolution significative de l'attitude des ministres de la Vénérable Compagnie à l'égard du « Citoyen de Genève ».

Introduction

En vérité, c'est à plus d'un titre qu'il faut relever la *singularité* de la condamnation par les autorités politiques genevoises de l'*Emile* et du *Contrat Social* le 19 juin 1762. La célérité de ces autorités mises à part – « Recevoir le livre par la poste, le lire, l'examiner, le déférer, le brûler, me décréter », soulignera Rousseau lui-même dans la *Quatrième* de ses *Lettres écrites de la Montagne*, « tout cela fut l'Affaire de huit ou dix jours ; on ne saurait imaginer une procédure plus expéditive »³ –, c'est autant la *nature* principale des *griefs* retenus contre lui que la *procédure* suivie à son encontre qui frappent par leur *singularité*.

Quant à la *nature* principale des *griefs* retenus, elle apparaît d'*ordre religieux* et cela dans la sentence de condamnation comme dans la justification qu'en donnent un an plus tard aussi bien le Petit Conseil dans ses *Réponses aux Premières Représentations* que le Procureur Général dans ses *Lettres écrites de la Campagne*.

C'est, en effet, parce qu'ils sont « téméraires, scandaleux, impies, tendant à détruire la religion chrétienne et tous gouvernements »⁴ que l'*Emile* et le *Contrat Social* sont formellement condamnés le 19 juin 1762. « Ces livres », explique le Petit Conseil le 25 juin 1763 dans sa *Réponse aux Premières Représentations*, sont « pleins de blasphèmes et de calomnies contre la religion. Sous l'apparence de doutes, on y a rassemblé tout ce qui peut tendre à saper, ébranler et détruire les principaux fondements de la Religion Chrétienne révélée »⁵.

Quant à leur auteur, il a, pour le Procureur Général Jean-Robert Tronchin, violé « le premier article du Serment des Bourgeois [qui] les oblige à vivre selon la *Réformation du Saint Evangile* »⁶ : à son sens, en effet, « peut-on se dissimuler que dans *Emile* et dans le *Contrat Social*, la Religion et le Gouvernement ne soient livrés à la plus audacieuse critique ? ».

« Et pour se borner à ce qui regarde la Religion », poursuit-il dans ses *Lettres écrites de la Campagne*, « peut-on nier que l'auteur d'un livre qui détruit les prophéties & les miracles, qui trouve le pur Evangile rempli de choses incroyables, contraires à la

³ Cf. J.J.ROUSSEAU, *Œuvres complètes (OC)*, Paris 1964, III, p. 761.

⁴ Cf. CC XI, A 267, p. 301.

⁵ Cf. Extrait des Registres du Conseil du 25 juin 1763, in *Représentations des Citoyens et Bourgeois de Genève au Premier Syndic de cette République ...*, Genève 1763, p.22.

⁶ Cf. *Lettres écrites de la Campagne*, Genève 1763, *Première Lettre*, p.10.

raison, & qu'un homme sensé ne sauroit admettre, qui rejette la prière comme inutile, qui accuse la morale Chrétienne de rendre tous nos devoirs impraticables en les outrant, qui déclare la Religion incompatible avec la liberté, [...] peut-on nier que cet auteur n'ait écrit contre la Religion, & qu'il n'ait violé par cela même un article important de la loi civile »⁷.

Si les *autorités politiques* de la Parvulissime République s'en prennent ainsi à l'auteur de l'*Emile* et du *Contrat Social*, c'est donc selon toute évidence avant tout pour des *raisons religieuses*, et non pour des *raisons politiques*, explicitement laissées de côté par le Procureur Général dans les explications de ses *Lettres écrites de la Campagne*⁸. Cette *première singularité* quant à la *nature* des *griefs* retenus, qui laisse entière la question de leur *bien-fondé*, se double d'une *seconde singularité* concernant la *procédure* suivie par le Petit Conseil dans cette affaire.

S'agissant de questions *religieuses*, si les *autorités politiques* de la République Protestante sont bien compétentes à Genève pour veiller au maintien de la religion réformée, adoptée en 1536, Syndics et Conseil ne sont pas pour autant juges de la doctrine, mais ils doivent préalablement en référer – selon les dispositions des *Ordonnances ecclésiastiques* de Calvin relatives aux compétences du *Consistoire* – aux *autorités religieuses* :

« S'il y a quelqu'un qui dogmatise contre la doctrine reçue », stipule leur article 88, « qu'il soit appelé pour conférer avec lui ; s'il se range, qu'on le supporte sans scandale ni diffame ; s'il est opiniâtre, qu'on l'admoneste par quelques fois pour essayer à le réduire. Si on voit enfin qu'il soit besoin de plus grande sévérité, qu'on lui interdise la Sainte Cène, et qu'on en avertisse la magistrat afin d'y pourvoir »⁹.

« C'est un autre corps qu'il a chargé de ce soin, et c'est ce corps qu'ils doivent consulter sur toutes les matières de Religion, comme ils l'ont toujours fait », relève à cet égard Rousseau dans la *Quatrième* de ses *Lettres de la Montagne* en se référant au *Consistoire* et à l'obligation faite aux *autorités politiques* de le consulter avant toute décision en pareilles matières. « En cas de délit en ces matières », spécifie-t-il encore en parfait interprète de la pensée comme de la législation calvinienne, « deux tribunaux sont établis, l'un pour le constater et l'autre pour le punir : cela est évident par les termes de l'*Ordonnance* »¹⁰.

En procédant comme ils l'ont fait contre l'auteur de l'*Emile* et du *Contrat Social*, sans consulter au préalable le *Consistoire*, Syndics et Conseil genevois – *seconde singularité* de la condamnation de Rousseau à Genève – n'ont donc pas respecté la *procédure* prescrite par les *Ordonnances*

⁷ Cf. *Op.cit.*, p. 10-11.

⁸ Cf. *Op.cit.*, *loc.cit.*, p.10 : « Et pour se borner à ce qui regarde la Religion ... »

⁹ Cf. *Ordonnances ecclésiastiques de l'Eglise de Genève (Ord.Eccl.)* (1576), Genève 1735, T. III, ch. II, art. 88.

¹⁰ Cf. *Lettres écrites de la Montagne, Quatrième Lettre, OC III*, p.763.

ecclesiastiques et imposant une audition préalable par le *Consistoire*¹¹. Ce faisant, on peut dire que ce sont eux qui se rendront coupables de violation de la loi dans le moment même où ils entendent condamner Rousseau pour violation de son *Serment de Bourgeois*. On ne peut s'empêcher de penser à cet égard que s'ils s'exposent tout de même à ce grave reproche de violation de la loi, ce n'est pas tant à raison du bien fondé des motifs qu'en donnera le Procureur Général Jean-Robert Tronchin dans ses *Conclusions* comme dans ses *Lettres de la Campagne* qu'à raison de leur profonde incertitude quant à l'issue d'une audition en bonne et due forme de Jean-Jacques en *Consistoire*. Car si des membres du *Consistoire* s'étaient bien émus de la publication et de la diffusion de la *Nouvelle Héloïse* à Genève en 1761 au point de solliciter en vain du Petit Conseil son intervention – n'en obtenant en fait qu'une « défense aux loueuses de livres de louer ledit livre à personne »¹² –, ils n'avaient guère réagi à la parution et à la diffusion à Genève de l'*Emile* et du *Contrat Social*. Bien plus, certains ministres, et non des moindres, n'avaient pas hésité à reconnaître à Rousseau « une âme naturellement chrétienne »¹³.

Il est permis de se demander alors si l'allusion faite par le Colonel Pictet, dans sa fameuse Lettre au Libraire Duvillard sur les raisons de la condamnation de Rousseau, à la volonté du Petit Conseil de « réparer le mal » fait par d'Alembert par son article sur Genève dans l'*Encyclopédie* ne renvoie pas à la conscience qu'ont les *magistrats* d'être de meilleurs défenseurs de la foi réformée que ne l'avaient été les *ministres* dans leur laborieuse *Déclaration* du 10 février 1758, à laquelle ils n'avaient pas seulement refusé de s'associer, mais dans laquelle ils s'étaient explicitement refusé à être mentionnés¹⁴.

Dans ce contexte tout à la fois *institutionnel* et *théologique* des rapports entre *magistrats* et *ministres*, il n'est pas inopportun de reprendre l'examen de la condamnation de l'*Emile* et du *Contrat Social* et de leur auteur en nous attachant plus particulièrement, d'une part, à la prime distance des *autorités politiques* à l'égard des *autorités religieuses* en général et, d'autre part, à

¹¹ Voir la place faite aux précédents des Affaires Morelli (1563) et Nicolas Antoine (1632) dans les *Représentations*, la *Première des Lettres écrites de la Campagne*, *op.cit.*, p. 16-18, et les *Quatrième et Cinquième Lettres écrites de la Montagne*, *OC III*, p. 755-791.

¹² Cf. Archives d'Etat de Genève (AEG), *Registres du Conseil (RC)*, 261, f° 52, à la date du 24 janvier 1761.

¹³ Cf. Lettre du professeur Jacob Vernet à Rousseau du 21 septembre 1762, *CC XIII*, Genève 1971, n° 2178, p. 83.

¹⁴ Cf. pour la Lettre du Colonel Pictet au Libraire Duvillard du 22 juin 1762, cf. *CC XI*, n° 1901, p.133, et pour les rapports entre Vénérable Compagnie et Petit Conseil au moment de la Déclaration de février 1758, voir AEG, *Registres de la Compagnie des Pasteurs (Cp Past)*, R 29, fol.73-74.

l'attitude des membres de la *Vénérable Compagnie* à l'égard de Rousseau en particulier, ceci en tenant compte de l'évolution des positions des uns et des autres, de la réconciliation de Jean-Jacques avec l'Eglise de Genève à l'été 1754 et de la défense qu'il en prend au lendemain de la publication de l'article *Genève* dans le VII^{ème} tome de l'*Encyclopédie* à l'essor des Représentations des Citoyens et Bourgeois concernant l'*Affaire Rousseau* dès l'été 1763 et à la diffusion à Genève des *Lettres écrites de la Montagne* (1764-1765).

Partant des propos de la fameuse Lettre du Colonel Charles Pictet (1713-1792) à son Libraire Emmanuel Duillard du 22 juin 1762 sur les raisons de la condamnation de Rousseau, nous distinguerons à cet égard dans la trame du développement des rapports entre *magistrats* et *ministres* comme entre *ministres* et Rousseau trois *actes*, que précède un *prologue*.

I

Le *prologue* tient tout entier dans le retour de Rousseau dans le giron de l'Eglise de Genève et dans ses conditions singulières : il s'agit en particulier de la dispense de comparaître en Consistoire, qui laisse à la discrétion des Pasteurs Jacques Maystre (1703-1755) et Jean Sarasin-Rilliet dit l'Aîné (1693-1760) l'appréciation de la sincérité de la réconciliation de Jean-Jacques avec le calvinisme genevois¹⁵, qui le rétablit dans l'intégralité de ses droits de bourgeoisie, partant de Citoyen de Genève. D'aucuns auront beau jeu, *magistrats* ou *ministres*, de mettre en doute quelques années plus tard le réel bien-fondé de cette réconciliation, voire – par voie de conséquence – sur le plan civique et politique la légitimité du rétablissement de ses droits de bourgeoisie¹⁶ et, sur le plan théologique et religieux, l'orthodoxie de sa foi calviniste comme l'authenticité de ses convictions, frappées au sceau du doute et de l'incertitude.¹⁷

¹⁵ Cf. E.RITTER, « La rentrée de Jean-Jacques Rousseau dans l'Eglise de Genève », *Annales de la Société Jean-Jacques Rousseau (AJJR)*, XI, 1916-1917, p.71-105, en particulier p.71-75 et p.100-101.

¹⁶ Voir les *Conclusions* du Procureur Général Jean-Robert Tronchin du 19 juin 1762, AEG, *Pièces historiques (PH)*, 4861, reproduites par R.A.Leigh, CC, XI, A 266, p.298-300.

¹⁷ Cf.J. VERNES, *Lettres sur le christianisme de J.-J.Rousseau*, Genève, 1763, p.18 : « J'ai toujours cru, et je ne suis pas le seul dans cette idée, que M.Rousseau n'aurait pas été admis à la communion des Chrétiens, si le pasteur (*feu M. le pasteur Maystre*) devant lequel il se présenta à Genève, en 1754, pour rendre raison de sa foi lui ayant demandé : *Dieu s'est-il révélé aux hommes ?* il lui eût répondu : *Monseigneur, ce que vous me demandez m'embarrasse fort ; j'y vois du pour et du contre ; permettez-moi de rester là-dessus dans un doute respectueux* ».

Quant au *Ier Acte* du développement des rapports entre *magistrats* et *ministres*, il correspond aux péripéties suscitées par la publication de l'article précité de d'Alembert sur Genève dans le VIIème tome de l'*Encyclopédie*. C'est paradoxalement moins l'intervention de Rousseau avec sa célèbre *Lettre à d'Alembert sur les Spectacles* publiée à l'été 1758 qui s'ouvre sur une belle apologie des ministres du corps pastoral genevois¹⁸, qui mérite ici de retenir l'attention – encore qu'elle va singulièrement resserrer les liens entre les *ministres* et Rousseau – que les laborieuses péripéties de l'élaboration de la *Déclaration* officielle de la *Vénérable Compagnie* fustigeant l'article de d'Alembert.

La *teneur* même de cette *Déclaration* n'apparaît pas moins significative que la *distension* qu'elle révèle des rapports entre *magistrats* et *ministres*. D'une part, en effet, sur le fond, le texte même de cette *Déclaration des Pasteurs* du 10 février 1758, à vouloir défendre l'orthodoxie de la doctrine des *ministres* genevois contre les allégations de d'Alembert imputant à plusieurs d'entre eux « un socinianisme parfait » et au christianisme de Genève de ne se distinguer du « pur déisme » que par « le respect pour Jésus-Christ et pour l'Écriture », avance surtout des raisons formelles faisant référence aux usages comme aux *Ordonnances ecclésiastiques*, aux prédications comme à l'administration des sacrements centrées sur « l'œuvre de notre rédemption par Jésus-Christ » en laissant dans le flou les dogmes essentiels de la Divinité du Christ et de la prédestination¹⁹. C'est ce qui ne manquera pas de susciter immédiatement la cinglante ironie de Voltaire comme à peine un lustre plus tard la cruelle analyse de Rousseau.

Ainsi dans sa *Lettre à d'Argental* du 25 février 1758 Voltaire aura-t-il beau jeu de relever :

« La Déclaration des prêtres de Genève justifie entièrement d'Alembert. Ils ne disent point que l'Enfer soit éternel, mais qu'il y a dans l'Écriture des menaces de peines éternelles. Ils ne disent point que Jésus-Christ soit égal à Dieu le Père, ils ne l'adorent point ; ils disent qu'ils ont pour lui plus que du respect. Ils veulent apparemment dire du goût. Ils se déclarent, en un mot, chrétiens déistes ».²⁰

Quant à Rousseau, dans la *Seconde* de ses *Lettres écrites de la Montagne*, il ne se fera pas faute de relever impitoyablement en 1764 :

¹⁸ Cf. *OC IV*, Paris 1995, p.9-14.

¹⁹ Voir le texte même de la Déclaration in A.ROGET, « L'article « Genève » de d'Alembert dans l'Encyclopédie et la Réplique de la Compagnie des Pasteurs », *Etrennes Genevoises*, Genève 1880, p. 140-148. Pour une analyse critique serrant de plus près le texte, on se reportera encore avec profit aux pages de H.de GOLTZ, *Genève religieuse au XIXème siècle*, Genève-Bâle, 1862, p.85-86.

²⁰ Cf. VOLTAIRE, *Correspondance*, éd. Th. Besterman, t. V, Paris 1980, n° 5063, p.81.

« Un philosophe jette sur eux un coup d’œil rapide ; il les pénètre, il les voit ariens, sociniens ; il le dit et pense leur faire honneur ; mais il ne voit pas qu’il expose leur intérêt temporel, la seule chose qui généralement décide ici-bas de la foi des hommes. Aussitôt alarmés, effrayés, ils s’assemblent, ils discutent, ils s’agitent, ils ne savent à quel saint se vouer, et après force consultations, délibérations, conférences, le tout aboutit à un amphigouri où l’on ne dit ni oui, ni non, et auquel il est aussi peu possible de rien comprendre qu’aux deux plaidoyers de Rabelais ».²¹

Mais c’est surtout la laborieuse mise au point du texte de la *Déclaration* elle-même avec tout l’entrelacs de ses allers-retours entre *Vénérable Compagnie* et Petit Conseil qui apparaît la plus significative de la différence de perspectives autant que de l’état des relations entre *magistrats* et *ministres*. Le Registre de la *Vénérable Compagnie* entre fin décembre 1757 et mi-février 1758 est éloquent à cet égard, qui atteste les divergences qui se font jour dès la diffusion dans la Ville de Calvin du VIIème tome de l’*Encyclopédie* avec son substantiel article sur Genève. Si c’est formellement le 23 décembre 1757 seulement que le Professeur Ami de la Rive (1692-1763) informe la *Vénérable Compagnie* de la teneur de cet article concernant les opinions religieuses prêtées par d’Alembert aux *ministres* de celle-ci, lui proposant de solliciter sans tarder du Premier Syndic communication du texte en cause et qu’une Commission de dix membres soit constituée pour prendre connaissance de cet article et rapporter²², c’est dès la seconde quinzaine de décembre que Voltaire signale déjà à d’Alembert que les *ministres* « se remuent, qu’ils aboient, qu’ils voudraient engager les *magistrats* à solliciter à la Cour un désaveu de la part de d’Alembert », ajoutant malicieusement : « assurément la Cour ne se mêlera pas de ces huguenots »²³.

En fait, à en croire la correspondance de Voltaire et de d’Alembert, si le Gouvernement français songe à faire obstacle à la poursuite de la publication de l’*Encyclopédie* après la parution de l’article sur Genève, ce sera bien plutôt en raison des louanges tressées par d’Alembert à la *Parvulissime République* hérétique pour son esprit de tolérance et de liberté²⁴.

De son côté, c’est dès le début de décembre 1757 qu’à l’initiative du Premier Syndic, auquel il est revenu, d’après le Registre du Conseil,

« que dans le livre qui s’imprime à Paris intitulé l’*Encyclopédie* dans l’article Genève il y a des insinuations contre nos ministres qui les font regarder comme étant déistes ou sociniens »,

le Petit Conseil débatta des

« mesures à prendre pour faire changer ou supprimer cet article » et qu’« en étant opiné, réflexion a été faite que si nous faisons quelque demande à cet égard au

²¹ Cf. OC III, p.717-718.

²² Cf. AEG, *Cp Past*, R 28, fol.62-63.

²³ Cf. VOLTAIRE, *Correspondance*, éd. cit., t. IV, Paris 1978, n° 4985, p.1203.

²⁴ Cf. A.ROGET, *op.cit.*, p.135, n.1

Ministre de France, il serait à craindre qu'ils (*sic*) ne nous en fissent de leur côté relativement à la Religion qui ne nous serait (*sic*) pas agréable, l'avis a été qu'avant toutes choses on se procure copie de l'article en question pour sur icelui être pris tel parti qui conviendra »²⁵.

Quant à ce qu'attestent par ailleurs les Registres de la *Vénérable Compagnie*, c'est tout à la fois la tentative de ses *ministres* d'associer les *magistrats* du Petit Conseil à sa *Déclaration* de protestation et le net refus que leur oppose le Premier Syndic. Ainsi le 3 février 1758, l'Ancien Modérateur informe-t-il ses confrères :

« qu'il avait été à l'issue du Consistoire chez Monsieur le Premier Syndic lui offrir notre Déclaration, lequel l'avoir (*sic*) reçue, mais l'avoir rendue un moment après sans la lire, disant qu'il n'était pas nécessaire qu'il la gardât et que lui ayant dit que le magistrat y était compris, il ne répondit rien là-dessus. »²⁶.

Et le 8 février, malgré l'attitude significative du Premier Syndic et la résolution du Petit Conseil de ne pas être mentionné dans la *Déclaration* en cause²⁷, la *Vénérable Compagnie* opine « si l'article du magistrat doit être laissé » pour aviser finalement « qu'il doit rester puisqu'il n'a pas paru s'y opposer »²⁸. Enfin, le 10 février 1758, le Registre porte :

« Monsieur l'Ancien Modérateur ayant réitéré son rapport [...] a été opiné si en conséquence on ne ferait point mention du magistrat dans notre Déclaration et l'avis a été de n'en faire aucune mention directe, non plus que des Anciens du Consistoire »²⁹.

De fait, la *Déclaration de la Vénérable Compagnie* ne suscitera pas seulement les sarcastiques réflexions de Voltaire, informé de sa teneur dès avant sa publication et qui soulignera aussi bien la faiblesse de son argumentation que la réserve des *magistrats* dans sa Lettre du 5 février 1758 à d'Alembert:

« La profession de foi des sociniens honteux est sous presse et presque finie. Les prêtres qui la font ont voulu parler au nom des magistrats comme au leur, et les magistrats ne l'ont point souffert »³⁰.

Cette *Déclaration* sera surtout l'occasion pour Rousseau d'insérer au seuil de sa *Lettre à d'Alembert sur les Spectacles* une vibrante apologie des « Pasteurs de Genève » contre les opinions hétérodoxes qui leur sont prêtées

²⁵ Cf.AEG, RC 257, fol. 648-649, à la date du 9 décembre 1757.

²⁶ Cf.AEG, Cp Past, R 29, fol.73.

²⁷ Cf.AEG, RC 258, fol.73-74, à la date du 8 février 1758 : « Opiné ensuite sur ce qui vient d'être rapporté qu'il était fait mention du magistrat dans un article du mémoire, l'avis a été que M. le Premier doit être chargé de dire au Spectable Modérateur que le Conseil n'estime pas nécessaire qu'il doive y être parlé du magistrat et souhaite en conséquence qu'on supprime l'article où il en est fait mention ».

²⁸ Cf.AEG, Cp Past.29, fol. 73.

²⁹ Cf. *op.cit.*, fol. 74.

³⁰ Cf. VOLTAIRE, *Correspondance, éd.cit.*, t. V, n° 5039, p.56

par d'Alembert. Car en se mettant à la rédaction dès le mois de février de cette fameuse *Lettre*, Rousseau n'entend pas se borner à s'en prendre aux suggestions de d'Alembert d'implanter un théâtre et une troupe de comédiens dans la Cité de Calvin ; récemment rentré dans le giron de l'Eglise de Genève, il ne veut pas manquer l'occasion de prendre explicitement la défense des *ministres* de la *Vénérable Compagnie* contre les insinuations de socinianisme du rédacteur de l'*Encyclopédie* et de célébrer en eux « un corps de Théologiens Philosophes et pacifiques, ou plutôt un corps d'Officiers de Morale et de Ministres de la Vertu »³¹, s'acquérant pas là pour quelques années la sympathie et la gratitude des *ministres* genevois, certains de mener avec lui le même combat contre l'irrégion et l'immoralisme du siècle.

II

Ces étranges relations entre *magistrats* et *ministres*, qui voient ainsi Syndics et Conseil tantôt prendre leurs distances par rapport aux démarches de la *Vénérable Compagnie*, comme en 1757-1758 contre l'article de d'Alembert, tantôt donner tout ou partie raison aux *ministres* dans leurs croisades contre l'irrégion et l'immoralisme, comme en sévissant en 1759 contre certains écrits de Voltaire³² ou en prohibant la diffusion du dernier roman de Rousseau aux loueuses de livres en 1761³³, atteindront leur point culminant avec la condamnation de l'*Emile* et du *Contrat Social* et de leur auteur par le Petit Conseil le 19 juin 1762, illustrant le *IIème Acte* de la trame de ces relations entre *magistrats* et *ministres* genevois entre 1754 et 1765.

C'est qu'alors les *autorités politiques* de la République protestante – nous l'avons relevé – tiendront ses *autorités religieuses* purement et simplement à l'écart de toute la procédure de condamnation de Rousseau et de ses écrits contrairement aux dispositions des *Ordonnances ecclésiastiques*³⁴.

Si un Charles Bonnet (1720-1793) pourra s'en féliciter dans sa correspondance avec Albrecht von Haller (1708-1777) – « Notre Sénat n'a pas laissé à notre clergé le temps de se pourvoir contre les attentats de Rousseau » lui écrira-t-il ainsi le 25 juin 1762³⁵ –, Voltaire ne manquera pas d'en saisir l'occasion pour insinuer l'existence d'une secrète complicité de la *Vénérable*

³¹ Cf. OC V, p.13-14.

³² Cf. J. GABEREL, *Histoire de l'Eglise de Genève*, t. 3, Genève 1862, à propos de la publication du *Précis de l'Ecclésiaste* et de *Candide*, p.200-201.

³³ Cf. AEG, RC 261, f° 52.

³⁴ Cf. *Ord. Eccl.*, *op.cit.*, *loc.cit.*

³⁵ Cité par G. VALLETTE, *Jean-Jacques Rousseau genevois*, Paris-Genève 1911, p.245, n.1.

Compagnie avec l'auteur de la *Profession de foi du Vicaire savoyard* en faisant paraître le communiqué suivant dans la *Gazette d'Utrecht* :

« Grand et édifiant spectacle offert par la Vénérable Compagnie des Pasteurs de Genève ! Tandis que le Gouvernement brûle les livres de Rousseau, le clergé les approuve et se trouve très heureux d'en être réduit à une religion naturelle qui ne prouve rien et ne demande pas grand-chose »³⁶.

Il n'est pas jusqu'à la *Gazette de Bruxelles* qui, voulant aux dires du Professeur Jacob Vernet (1698-1789) « nous faire passer dans le monde pour une espèce de déistes », n'affirme à son sens de Rousseau que « notre magistrat [l'] a condamné, mais que notre clergé [l'] approuve »³⁷.

De fait, ce ne sont pas seulement des rumeurs, complaisamment rapportées par une presse souvent manipulée par Voltaire et les Encyclopédistes, qui accréditent la nouvelle du silence, sinon de la bienveillante réserve du « clergé genevois » à l'égard de Rousseau. C'est la correspondance même de nombre de membres de la *Vénérable Compagnie des Pasteurs*, non seulement de quelques-uns des plus éminents d'entre eux, portés à se dire ses « amis », comme le Professeur Jacob Vernet ou le théologien Jacques Vernes (1728-1791), mais bien sûr aussi de ceux de ses plus fidèles et véritables amis comme Paul-Claude Moultoy (1731-1787). Cette correspondance comme l'examen des sermons et des écrits des ministres de l'époque³⁸ laissent apparaître, ainsi que l'a bien formulé Gaspard Vallette, un « clergé genevois divisé, incertain, combattu par des sentiments contraires », à qui certes « la précipitation du Conseil évite [...] le soin d'engager des poursuites contre l'hétérodoxie de Rousseau »³⁹, mais qui n'en est, dans sa majorité, que plus heureuse de la tournure des événements. C'est que, si une minorité en son sein compte quelques-uns des adversaires les plus résolus de Rousseau, comme Jean Sarasin dit le Jeune (1703-1778), qui n'hésitera pas à sermonner son confrère neuchâtelois de Môtiers Frédéric de Montmollin (1709-1783) pour l'avoir accepté à la Sainte Cène⁴⁰, et que si une autre minorité de la

³⁶ Cf. J. GABEREL, *op.cit.*, t.3, p.244.

³⁷ Cf. Lettre du professeur Jacob Vernet à Rousseau du 21 septembre 1762, CC XIII, Genève 1971, n° 2178, p. 84. Voir aussi *ibid.* la note f, p. 87, de R.A. Leigh citant le supplément de la *Gazette des Pays-Bas* du 26 juillet 1762 : « De GENEVE le 12 juillet. Il y a ici une espèce de schisme à l'occasion de l'Ouvrage du Sieur Rousseau. Tandis que les Magistrats le proscrivent, le Corps Evangélique en prend hautement le parti ».

³⁸ Voir à ce sujet avec le chapitre sur les pasteurs genevois de J. S. SPINK, *Jean-Jacques Rousseau et Genève*, Paris 1934, p. 121-147, les pages significatives de H. de GOLTZ, *op.cit.*, p. 89-91, et d'A. BOUVIER, Les idées religieuses de J.-J. Rousseau, in *J.-J. Rousseau jugé par les Genevois d'aujourd'hui*, Genève-Neuchâtel-Paris, 1879, p. 208-210.

³⁹ Cf. G. VALLETTE, *op.cit.*, p.251.

⁴⁰ Cf. Lettre du ministre Jean Sarasin au ministre Frédéric de Montmollin du 14 septembre 1762, CC XIII, n° 2163, p. 64-66.

Compagnie, formée de jeunes ministres comme Paul-Claude Moulou, Antoine-Jacques Roustan (1734-1808) et Pierre Mouchon (1733-1797), comprend « les partisans les plus exaltés et les plus enthousiastes de Jean-Jacques [...], le plus grand nombre », ainsi que le note encore G. Vallette, « la majorité de la *Vénérable Compagnie* que dirige le professeur Jacob Vernet, hésite, louvoie, atermoie, partagée entre sa haine pour Voltaire, qui lui fait souhaiter l'appui de Rousseau, et sa crainte de se compromettre, qui lui fait redouter cette grande voix proclamant tout haut à la face de l'Europe, ce que plus d'un ministre pense tout bas sans oser l'avouer aux autres, ni peut-être à soi-même »⁴¹.

C'est ce que reflète bien la correspondance de P.-C Moulou, qui, à répétitions reprises, fait état à Rousseau du « bon comportement » de la plupart de ses confrères : « Dans toute cette affaire », lui écrit-il ainsi début juillet 1762⁴², « j'ai été charmé de la modération de notre Compagnie. Mr. Vernet la conduit », cependant qu'il confie au pasteur Leonhard Usteri (1741-1789) le 17 juillet 1762 : « La Compagnie n'a rien fait, ny pour, ny contre Rousseau, elle ne mérite à cet égard ny louange, ny blâme »⁴³. « Je dois ce témoignage à nos ministres », spécifiera-t-il encore le 21 août 1762 à Rousseau, « qu'il n'y en a pas quatre qui aient approuvé le décret, et pas un seul qui ait osé dire qu'il l'approuvât », soulignant par ailleurs : « Mr. Vernet est votre ami, c'est un homme sage qui abhorre Voltaire. Nous sommes très bien ensemble »⁴⁴.

Le témoignage de P.-C. Moulou est d'autant plus significatif que, partisan avéré et fidèle ami de Rousseau, même s'il sera de ceux qui, comme Roustan, n'hésiteront pas à lui faire part de certains de leurs dissentiments, il saura réviser son opinion sur ses confrères au vu de leur changement d'attitude au lendemain de la renonciation de Rousseau à sa citoyenneté genevoise⁴⁵ comme de sa lettre justificative à Marc Chapuis du 26 mai 1763, perçue comme « le tocsin de la sédition »⁴⁶, lorsque la majorité de la *Vénérable Compagnie* ainsi que ses membres les plus en vue, comme J. Vernet et J. Vernes, se retourneront contre Jean-Jacques pour se solidariser avec les *autorités politiques*.

⁴¹ Cf. G. VALLETTE, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁴² Cf. Lettre du ministre Paul-Claude Moulou à Rousseau du 7 juillet 1762, CC XI, n° 1961, p.331.

⁴³ Cf. Lettre du ministre Paul-Claude Moulou au ministre Leonhard Usteri du 17 juillet 1762, CC XII, n° 2005, p. 49.

⁴⁴ Cf. Lettre du ministre Paul-Claude Moulou à Rousseau du 21 août 1762, CC XII, n° 2100, p. 231-232.

⁴⁵ Cf. Lettre de Rousseau à Jacob Favre [Premier Syndic] du 12 mai 1763, CC XVI, 1972, n° 2686, p.164.

⁴⁶ Cf. Lettre de Rousseau à Marc Chapuis du 26 mai 1763, CC XVI, n° 2726, p. 245-247.

Si la division comme l'incertitude des membres de la *Vénérable Compagnie* ainsi que l'espoir de ramener Jean-Jacques à un christianisme plus orthodoxe dans le combat commun contre l'irréligion et l'immoralisme du siècle constitueront les clefs de l'attitude attentive, sinon réservée du "clergé genevois" concernant l'*Emile* et le *Contrat social* et la politique du Gouvernement à l'égard de Rousseau, les raisons et les motivations des *magistrats* à l'égard des *ministres* n'apparaissent pas moins complexes.

Il n'y a pas, en effet, que l'attitude des *ministres* à l'égard de Rousseau qui mérite de retenir l'attention. Aussi digne d'intérêt apparaît incontestablement l'attitude qu'adopteront Syndics et Conseil à l'égard des *autorités ecclésiastiques* dans leur condamnation de Rousseau.

Cette attitude des *magistrats* à l'égard des *ministres* n'est pas seulement attestée à l'évidence par la *procédure* suivie par le Petit Conseil dans la condamnation des œuvres et de la personne de Rousseau ; elle résulte aussi bien *a silentio* des réquisitions du Procureur Général J.-R. Tronchin que des motifs d'incrimination formulés lors des délibérations du Petit Conseil tels qu'en font foi les notes publiées à cet égard⁴⁷.

S'agissant de la *procédure* adoptée par le Petit Conseil, comme le soulignera Rousseau lui-même – « sans qu'il ait été fait mention du Consistoire [...], tout cela fut l'affaire de huit ou dix jours ; on ne saurait imaginer une procédure plus expéditive »⁴⁸ –, elle apparaît d'une grande célérité et ignore totalement – nous l'avons signalé – l'*autorité religieuse* compétente aux termes des *Ordonnances ecclésiastiques*⁴⁹. Bien plus, ainsi que le mettront en évidence les Citoyens et Bourgeois dans la *Première* de leurs *Représentations* le 18 juin 1763 – « L'Edit n'a donc pas été observé tant à l'égard de la juridiction, qui appartient au *Consistoire*, que relativement au Sr. Rousseau, qui devait être « appelé, supporté sans scandale ni diffame, admonesté par quelques fois » et qui ne pouvait être jugé qu'en cas d'*opiniâtreté obstinée*. L'Edit est clair par lui-même et la *procédure* tenue contre Jean Morelli en 1563 ne laisse aucun doute »⁵⁰ –, la *procédure* suivie contre Rousseau n'a pas seulement violé les claires dispositions des *Ordonnances ecclésiastiques* relatives tant au rôle du *Consistoire* qu'à

⁴⁷ Cf. E. RITTER, « La condamnation du *Contrat social* et de l'*Emile* prononcée par le Conseil de Genève », *AJJR*, XI, 1916-1917, p.201-208, ainsi que CC XI, A 265, p.295-297.

⁴⁸ Cf. *Quatrième des Lettres écrites de la Montagne*, OC, III, p. 761.

⁴⁹ Cf. *Ord.Eccl.*, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁵⁰ Cf. *Première Représentation* du samedi 18 juin 1763, in *Représentations...*, *op.cit.*, *supra* n. 5, p.7, et *Deuxième Représentation* du lundi 8 août 1763, *op.cit.*, p.43-46 et 53-56.

l'obligation d'entendre Rousseau ; elle méconnaît encore la jurisprudence en la matière attestée par la *procédure* suivie du temps même de Calvin contre Jean Morelli (1510-1599) et le siècle suivant contre Nicolas Antoine (1602-1632)⁵¹.

La mise à l'écart délibérée de l'*instance ecclésiastique* compétente par les *autorités civiles* de la République comme l'ignorance de la jurisprudence en la matière résultent aussi tant des *réquisitions* et des *explications* du Procureur Général que des *délibérations* du Petit Conseil.

Quant aux *réquisitions* du Procureur Général, elles ne pipent mot ni du rôle du *Consistoire*, ni de l'obligation de citer et d'entendre Rousseau, et, par voie de conséquence, des précédents de la jurisprudence en la matière, et les laborieuses *explications* justificatives qu'en donnera ce magistrat dans la *Première* de ses *Lettres écrites de la Campagne* en citant de manière tronquée les *Ordonnances* en cause – dont «il transpose les termes pour en altérer l'esprit» selon le mot de Rousseau⁵² - révèlent bien, sinon l'embarras, en tout cas la suffisance de l'*autorité civile* à l'égard de l'*autorité ecclésiastique*. La conclusion qu'il en tire nous en paraît très significative de la distance prise par le Gouvernement genevois de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle par rapport à la Genève de Calvin :

« Tout ce qui est du ressort de l'autorité en matière de religion est du ressort du Gouvernement. C'est le principe des Protestants, et c'est singulièrement le principe de notre Constitution qui, en cas de dispute, attribue aux Conseils le droit de décider sur le dogme »⁵³.

Pour ce qui est des *délibérations* du Petit Conseil relativement à la condamnation de l'*Emile* et du *Contrat social* et de leur auteur, si elles attestent l'importance dévolue aux accusations de nature religieuse, qui passeront dans le libellé de la sentence – griefs explicites d'*indifférence de toute religion*, de *profession ouverte de déisme*, de *parfait déisme*, voire de *principes destructifs des fondements et des preuves de la religion chrétienne*⁵⁴ –, elles font aussi bien apparaître la totale mise à l'écart de l'*autorité ecclésiastique* que la conscience du rôle prééminent de l'*autorité civile* dans la défense de la foi. C'est ce qui n'échappera pas à Albrecht von Haller qui, dans sa correspondance avec Charles Bonnet de juin 1762, se félicitera de la sentence du Petit Conseil en ces termes : « Il fallait un arrêt pareil pour rétablir

⁵¹ Cf. *Op.cit., loc.cit.*, ainsi que, concernant Nicolas Antoine, J.-R. TRONCHIN, *Lettres écrites de la Campagne, Première Lettre*, p.17-18, et J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne, Cinquième Lettre, OC III*, p.788-790.

⁵² Cf. J.-J. ROUSSEAU, *op.cit., loc.cit.*, OC III, p.777.

⁵³ Cf. J.-R. TRONCHIN, *op.cit., loc.cit.*, p.15.

⁵⁴ Cf. E. RITTER, *op.cit.*, p.205-207, ainsi que CC XI, A 265, p. 295-296.

l'honneur de l'Eglise de Genève », ajoutant : « Dans mes voyages, le reproche général était déjà que les Protestants n'avaient point de religion »⁵⁵.

Ces derniers propos comme l'attitude des magistrats genevois à l'égard des instances ecclésiastiques donnent un singulier relief à la troisième des explications données à la condamnation de Rousseau par le Colonel Pictet dans sa fameuse Lettre au Libraire Duvillard : « On aura voulu en troisième lieu réparer par une démarche éclatante le mal que Mr. d'Alembert peut nous avoir fait par l'article *Genève* du *Dictionnaire Encyclopédique* »⁵⁶.

C'est effectivement qu'aux yeux des *magistrats* les *ministres*, divisés et embarrassés dans leur majorité face à la publication de l'*Emile* et du *Contrat Social*, plus proches de Rousseau que de Voltaire, n'étaient pas plus à même qu'en 1758, après la publication de l'article sur Genève dans l'*Encyclopédie*, de défendre la réputation de l'Eglise de Genève et que de toute manière, selon les mots du Procureur Général Jean-Robert Tronchin, « tout ce qui est du ressort de l'autorité en matière de religion est du ressort du Gouvernement ».⁵⁷

III

L'attitude des *magistrats* à l'égard des *ministres* va cependant changer et la mise à l'écart des autorités *ecclésiastiques* par les autorités *politiques* prendra fin à partir de la fin du printemps 1763, amorçant le III^{ème} Acte de la trame des relations entre *magistrats* et *ministres*. C'est que, d'un côté, la publication par Rousseau de *Môtiers* en mars 1763 et l'interdiction par le Petit Conseil de Genève en avril 1763 de la *Lettre à Christophe de Beaumont*, l'Archevêque de Paris, d'un autre côté, la renonciation qui s'ensuit le 12 mai 1763 du *Citoyen de Genève* à son droit de bourgeoisie genevoise et les explications qu'il en donne le 26 mai suivant dans sa Lettre à Marc Chapuis⁵⁸, vont profondément émouvoir la majorité des Citoyens et Bourgeois de Genève et déterminer le vaste mouvement des « Représentations », qui s'étendra, concernant essentiellement l'*Affaire Rousseau*, de la mi-juin à l'automne 1763. Il n'en faudra pas plus pour que, face à l'attitude de Rousseau comme face à la mobilisation populaire en sa faveur, d'une part, les *ministres* commencent à réviser leur position attentiste à l'égard du premier et que,

⁵⁵ Cf. Lettre à Charles Bonnet du 21 juin 1762, Bibliothèque de Genève (BGE), Ms. Bonnet 45, f. 69, cité par G. VALLETTE, *op.cit.*, p.246, n. 2, et par R. A. LEIGH, *CC*, XI, n° 1891, note f, p.116.

⁵⁶ Cf. Lettre citée *supra* n. 14, p.133. Balayée d'un revers de main par Ed. ROD, *L'Affaire Rousseau*, Paris-Lausanne 1906, p.122 – « Le troisième [motif] ne supporte pas l'examen » –, l'explication paraît « étrange » à G. VALLETTE, *op.cit.*, p.249.

⁵⁷ Cf. *Lettres écrites de la Campagne*, p.15

⁵⁸ Cf. *CC*, XVI, n° 2686, p.164, et n° 2726, p.246.

d'autre part, les *magistrats* entreprennent de solliciter l'appui des *ministres*, Syndics et Petit Conseil se mettant désormais à informer les Pasteurs de la *Vénérable Compagnie* des péripéties de leurs rapports avec les Citoyens et Bourgeois en général et les Représentants en particulier au fur et à mesure de leurs pétitions et doléances.

Cette double évolution de l'attitude des *ministres* concernant Rousseau et des relations entre *magistrats* et *ministres*, ce n'est pas seulement la correspondance de proches amis pasteurs du *Citoyen de Genève* comme P.C. Moultoy qui la révèle⁵⁹; ce sont surtout les prises de position nouvelles des membres mêmes de la *Vénérable Compagnie*, à titre individuel ou collectif, comme les initiatives des Syndics et Conseil en direction des *ministres* aux fins de se les associer dans leur politique intérieure. Rien ne l'illustre mieux que, d'un côté, la campagne de réfutation des thèses de l'auteur de l'*Emile* et du *Contrat social* qui s'orchestre dès l'été 1763 avec les publications de Jacob Vernes et de Jacob Vernet, et que, d'un autre côté, la communication systématique par les Syndics et Conseil dès fin juin 1763 à la *Vénérable Compagnie* des textes des diverses Représentations des Citoyens et Bourgeois ainsi que des Réponses du Magnifique Conseil.

Si la campagne de réfutation de Rousseau par les *ministres* genevois qui s'amorce à l'été 1763 avec la publication, sous la houlette, sinon l'inspiration, du Professeur Jacob Vernet comme avec la bénédiction de la *Vénérable Compagnie* qu'il préside, des *Lettres sur le christianisme de Mr. J.-J. Rousseau* de Jacob Vernes⁶⁰, scelle le chapitre de la rupture des relations des *ministres* avec le *Citoyen de Genève*, celle-ci ne sera définitivement consommée qu'avec la virulente réplique que lui opposera ce dernier de Môtiers dans le Val de Travers, au cœur du Jura neuchâtelois, avec ses *Lettres écrites de la Montagne*, qui paraîtront en novembre 1764 et seront diffusées à Genève dès le 18 décembre 1764. La politique de communication suivie avec les autorités *ecclésiastiques* entamée par les autorités *politiques* ouvre quant à elle une ère nouvelle dans les relations entre *magistrats* et *ministres*, le Magnifique Conseil se disant « toujours prêt à donner à la *Vénérable Compagnie* des preuves de son estime et de sa confiance ». Aussi, lecture faite de la *Première Représentation* des Citoyens et Bourgeois du 18 juin 1763 et de la Réponse du Petit Conseil du 25 juin 1763 et après avoir opiné « sur ce qu'il y avait à faire », la *Vénérable Compagnie* charge-t-elle son Modérateur

⁵⁹ Cf. notamment la Lettre du ministre Paul-Claude Moultoy à Elie-Salomon Reverdil de février 1764, CC XIX, n° 3150, p.153.

⁶⁰ L'ouvrage, publié à Genève en juillet 1763 et distribué par J. Vernes à chacun des membres du Petit Conseil, et qui paraît avoir été rédigé avec le vain espoir d'obtenir une chaire à l'Académie, suscitera la verve ironique de Jean-Jacques dans la *Seconde* de ses *Lettres écrites de la Montagne* (OC III, p.718).

« d'aller à Monsieur le Premier Syndic pour témoigner en sa personne au Mag(nifique) Cons(eil) la reconnaissance de la Vén(érable) C(ompagnie) pour la confiance dont il vient de l'honorer et que vivement touchée du zèle qu'il montre pour le maintien de la Sainte Religion, elle le remercie en particulier d'avoir porté son attention sur des livres dans lesquels on trouve des principes qui tendent à saper les fondements du christianisme, qu'elle attend de sa piété qu'il donnera aussi son attention à tous les ouvrages contraires à la Religion ou aux bonnes mœurs qui peuvent s'imprimer dans cette Ville, qu'elle assure le Mag(nifique) Cons(eil) de son respect et de son attachement à notre heureuse constitution et qu'elle ne cessera jamais de faire tous ses efforts pour entretenir les mêmes sentiments dans le cœur de tous les Citoyens et pour faire régner l'union, la paix et la concorde dans notre chère Patrie »⁶¹.

Un mois plus tard la même *Vénérable Compagnie* remercie solennellement « Mr Vernes du livre qu'il a fait imprimer et pour la défense de la Religion contre le Sr Rousseau »⁶².

La campagne des Représentations se poursuivant, le Modérateur de la *Vénérable Compagnie* est chargé par le Premier Syndic de communiquer à celle-ci :

1. Des Représentations faites par une partie des Citoyens et de la Bourgeoisie le 8 août 1763.
2. Un extrait des Registres du Mag(nifique) Cons(eil) du 10 août 1763.
3. (Un) Ecrit remis à Mons(ieur) le Premier Syndic par des Cit(oyens) et Bourg(eois) en date du 20 août 1763.
4. (Un) Extrait des Registres du Cons(eil) du 31 août 1763. »⁶³

Lecture faite des pièces communiquées, le Registre de la *Vénérable Compagnie* porte :

« On a résolu unanimement de charger Mr le Modérateur d'aller à Mr. le Premier Syndic témoigner en sa personne au Mag(nifique) Cons(eil) la respectueuse reconnaissance de la C(ompagnie) pour la communication dont il l'a honorée et l'assurer de son inviolable attachement à la Constitution sous laquelle nous avons le bonheur de vivre, et de l'attention qu'elle aura toujours à entretenir autant qu'il dépendra d'elle les mêmes sentiments dans les cœurs de tous les Citoyens »⁶⁴.

Les mêmes témoignages de reconnaissance et de respect des *ministres* se répèteront encore après communication à la *Vénérable Compagnie* des dernières Représentations des Citoyens et Bourgeois relatives à l'*Affaire Rousseau* du 29 septembre 1763 et de la Réponse du Petit Conseil du 11 octobre, la *Vénérable Compagnie* continuant à protester en date du 17 octobre 1763 de tout son « attachement à l'heureuse Constitution sous laquelle nous avons le bonheur de vivre » et « qu'elle fait des vœux toujours plus ardents

⁶¹ Cf.AEG, *Cp Past*, R 29, fol.270-271.

⁶² Cf.AEG, *op.cit.*, fol.276.

⁶³ Cf.AEG, *op.cit.*, fol.281.

⁶⁴ Cf.AEG, *op.cit.,loc.cit.*

pour le maintien de la paix de notre chère Patrie et qu'elle redoublera d'efforts pour faire régner ces sentiments dans les cœurs de tous les Citoyens »⁶⁵.

Qui plus est, le *Consistoire* lui-même – formé des *ministres* de la Ville et de Douze *Anciens* nommés au sein des Conseils par le Deux Cents d'entente avec les *ministres*⁶⁶ – décidera à l'unanimité face à l'argumentation des Représentations des 18 juin, 8 et 20 août et 29 septembre 1763 invoquant les dispositions des articles 80 et 88 des *Ordonnances ecclésiastiques* relatives à sa compétence dans l'*Affaire Rousseau* :

« Le Mag(nifique) Cons(eil) n'a donné aucune atteinte aux droits du Vén(érable) Consistoire dans l'Affaire du Sr. Rousseau. Estimant au surplus que le silence qu'il a gardé dans cette occasion devait être regardé comme une preuve suffisante et non équivoque de ses sentiments à cet égard »⁶⁷.

Au vu de la servilité, sinon de l'hypocrisie, de ces déclarations et décisions des autorités *ecclésiastiques* à l'égard des autorités *politiques*, il n'y a pas lieu de s'étonner de la révision qu'opère le Pasteur P.C. Moultou de son indulgent jugement sur ses confrères au début de l'*Affaire Rousseau*, dénonçant maintenant leur retournement d'opinion vis-à-vis de Jean-Jacques. Ainsi pourra-t-il écrire au début de 1764 à son confrère Elie-Salomon Reverdil :

« A l'égard de nos ministres, ils ont fait ce qu'en semblable occasion les prêtres font toujours. Ils ont été du parti du Gouvernement. Le Consistoire a décidé unanimement que le Conseil en jugeant R(ousseau) n'avait nullement empiété sur ses droits »⁶⁸.

Et, approfondissant son diagnostic, il poursuit s'agissant des causes de ce retournement d'opinion :

« Je vois d'ailleurs d'autre causes bien légitimes de la haine que ces prêtres portent au Philosophe. Ils l'aimaient, ils le prônaient depuis sa réponse à d'Alembert, ils lui faisaient même l'honneur de le regarder comme un instrument utile, dont ils pourraient désormais se servir au gré de leurs petits caprices, mais, quand ils eurent vu au ton de ses livres, et surtout de sa Lettre à l'Archevêque, qu'il fallait un peu décompter : cet ange de lumière, cet excellent Chrétien ne fut alors pour eux qu'un abominable infidèle »⁶⁹.

Rendant enfin compte de la campagne de réfutation de Rousseau qui s'est amorcée, il conclut quant à son orchestration par les figures les plus en vue de la *Vénérable Compagnie* :

⁶⁵ Cf.AEG, *op.cit.*, fol. 291-292.

⁶⁶ Cf. *Ordonnances ecclésiastiques* (1576), éd. Genève 1735, art. 68-71 et 80.

⁶⁷ Cf.AEG, *Reg. Consist.* 87, fol. 291, en date du 13 octobre 1763.

⁶⁸ Cf. Lettre du ministre Paul-Claude Moultou à Elie-Salomon Reverdil de février 1764, CC, XIX, n° 3150, p.162.

⁶⁹ Cf. *op.cit.,loc.cit.*

« Quand les représentations parurent, ils se gardèrent bien de clabauder en chaire contre le peuple, mais ils extravagèrent contre Rousseau : Vernet même voulut le réfuter, mais comme il vit avec quelle hauteur et quelle supériorité le Genevois avait attaqué le premier Archevêque de France, il comprit que cette entreprise était trop périlleuse pour un homme qui, dans la bicoque de Genève, n'était décoré que de quelques lambeaux de Turretin. Il se contenta donc de fournir les petits matériaux qu'il avait laborieusement amassés à un autre homme qui n'avait rien à perdre, et Vernes dans l'espoir d'une Chaire de Théologie, qu'on lui faisait entrevoir dans un long avenir, consentit à prouver que R(ousseau) son ami, R(ousseau) le persécuté, n'était pas Chrétien »⁷⁰.

Il y a plus encore. Ne se contentant pas de se lancer dans une campagne de réfutation des derniers écrits de Rousseau condamnés par le Petit Conseil, les *ministres* vont finir par rejoindre les *magistrats* en condamnant à leur tour Rousseau au lendemain de la publication de ses *Lettres écrites de la Montagne*. Ainsi partageant l'émoi causé par la diffusion de ces *Lettres* à Genève, qui mènera une partie des membres du Conseil à envisager à la mi-janvier 1765 une démission en bloc de ce Conseil, puis, en un second temps début février une Déclaration solennelle du Petit Conseil⁷¹ en appelant à une manifestation populaire de soutien aux magistrats, qui prendra effectivement forme dans la démarche exceptionnelle des Citoyens et Bourgeois du 7 février 1765⁷², les ministres de la *Vénérable Compagnie* se solidariseront-ils avec les membres des Conseils en décidant le 8 février 1765 de témoigner à leur tour leur confiance aux *magistrats* par une démarche analogue *in corpore* auprès du Petit Conseil⁷³.

Dans cette démarche, assortie d'une *Déclaration solennelle* « de reconnaissance, de confiance et de respect » et qui aura lieu le 9 février 1765, les *ministres* manifesteront leur soutien inconditionnel aux *magistrats*, n'hésitant pas à s'en prendre à Rousseau lui-même dans les termes les plus vifs, achevant par là de consommer la rupture définitive de leurs relations avec l'auteur de la *Lettre à d'Alembert* :

« Nous n'avons vu qu'avec la plus vive douleur les calomnies par lesquelles on a voulu noircir l'administration de V(os) S(eigneuries) et si nous avons gémi de voir notre S(ain)te Réformation représentée sous les plus fausses couleurs et la Religion

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Voir la Déclaration du Petit Conseil du 12 février 1765, reproduite in CC XXIII, A 339, p.370-371.

⁷² Cf. *Très humble et très respectueuse Représentation des Citoyens et Bourgeois remise à Messieurs les Syndics le 7 février 1765, in Représentations et Ecrits des années 1763 et 1765 et du Mois de Janvier 1766*, Genève 1766. Cette démonstration de soutien populaire au Gouvernement, qui divisera profondément la Bourgeoisie, suscitera l'amère ironie de Rousseau dans sa Lettre à Toussaint-Pierre Lenieps du 10 février 1765: « C'est Georges Dandin qui demande pardon à sa femme de s'être plaint de l'honneur qu'il a d'être cocu », cf. CC XXIII, n° 4008, p.339.

⁷³ Cf. AEG, *Cp Past R* 29, fol. 380.

Chrétienne attaquée dans ses fondements avec une audace dont on a vu peu d'exemples.

Si nous n'avons pu voir qu'avec amertume qu'on nous outrage nous-mêmes sans ménagement dans un ouvrage qui ne semble composé que pour rompre tous les nœuds qui doivent unir ensemble les divers membres de l'Etat, nous n'avons pas été moins indignés de voir V(os) S(eigneuries) et le Mag(nifique) Cons(eil) des CC insultés dans le même ouvrage de la manière la plus violente et la plus injuste.

Oui, T(rès) H(onorés) S(eigneurs), nos cœurs ont été déchirés, non pas autant [...] des outrages qu'on nous a faits, auxquels nous croyons ne devoir opposer que la patience chrétienne et un redoublement de zèle pour la défense de notre S(ain)te Religion, que des injures atroces dont on y a chargé nos magistrats, ces dignes magistrats que nous honorons comme les protecteurs de nos libertés et de nos droits, qui gouvernent l'Etat avec l'intégrité la plus scrupuleuse»⁷⁴.

Et les *ministres* concluront, renchérissant sur la manifestation de soutien d'une partie des Citoyens et Bourgeois dénoncée par Rousseau comme une farce :

« V(os) S(eigneuries) viennent de l'éprouver d'une manière bien consolante dans la Déclaration solennelle que leur ont faite tous nos Citoyens qu'ils honorent le Mag(nifique Cons(eil) et qu'ils regardent chacun de ses membres comme digne de toute leur estime, de tout leur respect et de toute leur confiance. Ils se sont honorés eux-mêmes en vous honorant comme de dignes Pères de la Patrie, respectés et chéris de tous leurs enfants »⁷⁵.

Enfin, pour couronner le tout, ils s'attaqueront directement à Rousseau en orchestrant une réfutation en règle de la première partie des *Lettres écrites de la Montagne*, Jacob Vernes se chargeant de répliquer aux deux premières de ces *Lettres* dans son *Examen de ce qui concerne le christianisme, la réformation évangélique et les ministres de Genève dans les deux premières Lettres de Mr. J.-J. Rousseau écrites de la Montagne* (Genève 1765) et David Claparède (1727-1801), récemment nommé Professeur à l'Académie, de répondre à la troisième par ses *Considérations sur les miracles de l'Evangile pour servir de réponse aux difficultés de Mr. J.-J. Rousseau dans sa 3^{ème} Lettre écrite de la Montagne* (Genève 1765).

Conclusion

De la « rentrée de Jean-Jacques dans l'Eglise de Genève » (E.Ritter) à l'été 1754 sous l'égide des ministres Jacques Maystre et Jean Sarasin-Rilliet et de l'éloge des membres de la *Vénérable Compagnie* de sa *Lettre à d'Alembert* de l'été 1758 à la condamnation de *l'Emile* et du *Contrat social* par le Petit Conseil genevois sur les réquisitions du Procureur Général Jean-Robert Tronchin le 19 juin 1762, le moins que l'on puisse dire est que les relations de

⁷⁴ Cf. AEG, *Cp Past* R 29, fol.381-382.

⁷⁵ Cf. AEG, *op.cit.*, fol. 382.

Rousseau avec les autorités genevoises se sont singulièrement dégradées en moins de deux lustres ; elles atteindront leur seuil de rupture avec la diffusion à la fin de 1764 des amabilités dispensées à l'égard des *ministres* et de la virulente critique des *magistrats* du Petit Conseil, présentés comme « vingt-cinq despotes », dans ses *Lettres écrites de la Montagne*⁷⁶ comme avec la condamnation de ces dernières par les mêmes autorités au début de 1765.

Force est de constater le phénomène inverse dans l'évolution des relations entre *magistrats* et *ministres*, qui vont aller en s'améliorant et en se renforçant pendant la même période. Alors qu'au moment de la publication et de la diffusion de l'article *Genève* de d'Alembert dans *l'Encyclopédie*, c'est en vain que les *ministres* avaient sollicité l'appui des *magistrats* et alors que ces derniers tiendront les *ministres* délibérément à l'écart de la procédure de condamnation de *l'Emile* et du *Contrat social*, ce seront les mêmes *magistrats* qui vont solliciter, sinon l'appui, en tout cas toute l'attention des *ministres* de la *Vénérable Compagnie* à partir du moment où s'amorce en faveur de Rousseau la campagne des Représentations des Citoyens et Bourgeois tendant à remettre en cause le fonctionnement du Gouvernement genevois, si ce n'est l'ordre constitutionnel de la République. Ce rapprochement atteindra son point culminant au lendemain de la diffusion des *Lettres écrites de la Montagne*, qui assortiront leur critique du corps pastoral de la Cité de Calvin d'une véritable remise en question de l'ordre constitutionnel genevois, et après les manifestations populaires de soutien au Gouvernement d'une partie des Citoyens et Bourgeois avec la démarche et la Déclaration solennelle de la *Vénérable Compagnie* au Petit Conseil du 9 février 1765, qui verra *ministres* et *magistrats* sceller une forme d'union sacrée contre Rousseau. C'est alors que prendra toute sa portée le propos précité de P.C. Moultoy à son confrère E.S. Reverdil sur le rôle des membres du « clergé genevois » :

« Ils ont fait ce qu'en semblable occasion les prêtres font toujours. Ils ont été du parti du Gouvernement. Le Consistoire a décidé que le Conseil en jugeant Rousseau n'avait nullement empiété sur ses droits »⁷⁷.

Face à la montée de ce qui est perçu alors comme le « péril démocratique » – cette « hydre à douze cents têtes » dénoncée par Vergennes (1714-1787) – y a-t-il lieu de s'en étonner, quand on sait, d'une part, les solidarités familiales existant entre Conseils et *Vénérable Compagnie* – l'on pouvait compter, issus des mêmes dynasties au pouvoir, plusieurs membres des mêmes familles au sein du Petit Conseil comme en celui du Corps

⁷⁶ Voir *Seconde Lettre*, OC III, p.717-718, concernant les *ministres* et *Septième Lettre* relativement aux *magistrats*, OC III, p.833-835.

⁷⁷ Cf. CC XIX, n° 3150, p.162.

pastoral⁷⁸ – et, d’autre part, qu’à partir du début du siècle le Consistoire⁷⁹ sera toujours présidé par le Modérateur de la *Vénérable Compagnie*⁸⁰ ?

⁷⁸ Voir déjà à ce sujet les observations de H. de GOLTZ, *op.cit.*, p.70, aussi valables pour la seconde partie du siècle : « Les noms des premières familles de l’Etat se retrouvent, à cette époque, en nombre égal dans les listes des membres du Petit Conseil et dans celles des membres de la Compagnie. Entre 1700 et 1751, vingt-deux familles de l’aristocratie genevoise fournissaient des membres soit au Conseil, soit à la Compagnie. Ce dernier corps comptait alors quatre de ses membres appartenant à la même famille, tandis que trois autres familles nobles y avaient chacune trois représentants, et cinq autres chacune deux ». La simple consultation des Registres de la *Vénérable Compagnie* établissant au seuil de chaque année la liste des *ministres* de la Ville et de la Compagnie permet de vérifier la pertinence de ces observations.

⁷⁹ Cf. *Ord.ecclés.*, art.67-71 et 80 ss. Sur le rôle du Consistoire et la représentation comme l’évolution de la place des *ministres* en son sein, voir H.HEYER, *L’Eglise de Genève – Esquisse historique de son organisation*, Genève 1909, p.18-20 et 29-31.

⁸⁰ Cf.H. de GOLTZ, *op.cit.*, p. 68.

*Philippe Avramov**

La théorie du progrès chez Jean-Jacques ROUSSEAU: une solution pour le droit suisse?

Introduction

Dans la vision de ROUSSEAU, le progrès technique se veut synonyme de déclin moral qui s'exprime, dans la majorité des cas, par une stagnation des mœurs et des préceptes, tant éthiques que juridiques. En lien avec cette conception, il serait intéressant de se demander si le législateur suisse a su, notamment dans le domaine du remboursement d'un médicament pouvant guérir une maladie orpheline, ainsi que dans la responsabilité nucléaire, tenir compte des réflexions de ROUSSEAU telles qu'elles nous sont dévoilées dans le *Discours sur les sciences et les arts* et le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.

A travers les deux *Discours*, ROUSSEAU propose une méditation sur ce que doit être le progrès – la réelle mesure d'un changement dans les valeurs humaines, pouvant s'exprimer par l'adoption de solutions juridiques équitables. En effet, les arts et les sciences doivent favoriser l'équilibre entre l'éveil moral conceptualisé par les lois et la technique. Or, l'auteur démontre qu'il existe dans le progrès scientifique une dislocation entre la technique et la morale, ouvrant la voie au luxe et au bénéfice individuel. Le danger du progrès est donc qu'il balaye les sentiments de pitié et de solidarité en faveur de la satisfaction personnelle. ROUSSEAU s'amuse à nous présenter l'homme du XVIIIe comme un individu qui pêche par démesure, consommateur du progrès, sans véritablement s'éveiller moralement. Il affirme en outre que les institutions politiques mises en place ne parviennent pas à distribuer le progrès de manière complète aux hommes.

En analysant les solutions de droit suisse dans les deux domaines précités que sont la couverture sociale pour un traitement d'une maladie orpheline et la responsabilité nucléaire, l'on sera mené à s'interroger sur l'intégration du progrès dans notre société, et son exploitation par les institutions politiques et juridiques mises en place à l'heure actuelle. Autrement dit, il s'agit de constater si à l'heure actuelle le progrès est, comme aime à le rappeler ROUSSEAU, une cause de décadence de la civilisation ? Le droit suisse en tant qu'outil à contenir et encadrer le progrès va revêtir le rôle de comparé dans notre développement, tandis que l'œil critique de ROUSSEAU, servira de

* Assistant & Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Genève

comparant. En conclusion, il faudra vérifier si l'homme-législateur du XXI^e siècle a su orienter et définir librement les finalités du progrès, à travers l'éradication des vices qui l'entoure, tels que l'amour-propre, la consommation, l'inégalité, le luxe, mais tout en préservant la vertu ? A toutes ces interrogations, les *Discours* pourraient peut-être offrir une solution pour le législateur suisse dans sa quête de bon usage du progrès scientifique.

I. La décadence de la vertu morale et juridique à travers les *Discours* de Rousseau

1. L'image du progrès telle que dépeinte dans le premier *Discours*

La question que ROUSSEAU discute en 1749 pour le prix de l'Académie de Dijon porte sur l'épineuse question de la contribution de la Renaissance à épurer ou à corrompre les mœurs: "*Le rétablissement des sciences et des arts a-t-il contribué à épurer ou à corrompre les mœurs? Voilà ce qu'il s'agit d'examiner*"¹.

Bien que le premier *Discours* commence par un éloge de la culture et de la civilisation occidentale toujours à la recherche du développement technique, l'auteur fait rapidement volte-face en indiquant que tout cela n'est qu'apparence, décor: "*Les sciences, les lettres et les arts [...] étendent des guirlandes de fleurs sur les chaînes de fer dont [les hommes] sont chargés*"². En effet, le progrès et plus généralement les bienfaits des Lumières que sont les arts et les sciences, viennent à être compensés par les vices innombrables d'apparences qu'il engendrent³. En effet, selon le philosophe genevois, la bonté naturelle de l'homme s'est trouvée en perte de vue continue à travers les âges au fur et à mesure qu'il perfectionnait tant sa technique scientifique qu'artistique. Pour l'auteur, il y a une causalité naturelle entre le développement des sciences et la corruption de l'humanité⁴. C'est en ce sens que ROUSSEAU regrette, de manière nostalgique, les temps primitifs – temps de la simplicité et de l'innocence: "*quand les hommes innocents et vertueux*

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 11.

² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 13.

³ J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle suivi de sept essais sur Rousseau*, Gallimard, Paris, 1971, p. 13: "*L'esprit humain triomphe mais l'homme s'est perdu*".

⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16-17: "*Où il n'y a nul effet, il n'y a point de cause à chercher: mais ici l'effet est certain, la dépravation réelle, et nos âmes se sont corrompues à mesure que nos sciences et nos arts se sont avancés à la perfection. Dira-t-on que c'est un malheur particulier à notre âge? Non, messieurs: les maux causés par notre vaine curiosité sont aussi vieux que le monde*".

aimaient à avoir les dieux pour témoins de leurs actions [...]”⁵. Durant les temps ancestraux, les hommes sont décrits comme vertueux à travers des exemples historiques. Ils ont été pervertis par les sciences et les arts. ROUSSEAU s’appuie sur la civilisation perse, germanique, scythe ou encore romaine – toutes connues pour leurs avancées dans la technique (scientifique et artistique), pour démontrer la décadence proportionnelle des vertus et des institutions politiques⁶. En reprenant de manière chronologique l’histoire⁷ de ces civilisations anciennes et de leurs avancées, ROUSSEAU parvient à opposer les nations traditionnellement agricoles et militaires aux nations qui ont donné libre cours à la consommation du luxe et des arts⁸: “*Le luxe va rarement sans les sciences et les arts, et jamais ils ne vont sans lui*”⁹. Il semble évident pour le philosophe que c’est justement le passage à la technique qui fait basculer la civilisation égyptienne dans “*une politique impérialiste*”¹⁰.

Ainsi, ROUSSEAU, tout en revisitant les faits historiques marquants de la civilisation occidentale, fait le rapprochement entre la technique et la perte de la morale¹¹. En ce sens, l’auteur précise que les sciences et les arts “*doivent leur naissance à nos vices*”¹² et que leurs objectifs ne sont guère louables: “*L’astronomie est née de la superstition; l’éloquence, de l’ambition, de la haine, de la flatterie, du mensonge; la géométrie, de l’avarice; la physique, d’une vaine curiosité, toutes, et la morale même, de l’orgueil humain*”¹³. Ce qui est révolutionnaire dans ce premier *Discours* est

⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 30.

⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 17-19: “*Voyez l’Égypte, elle devient la mère de la philosophie et des beaux-arts et bientôt après, la conquête de la Cambise, puis celle des Grecs, des Romains, des Arabes, et enfin des Turcs. Voyez la Grèce jadis peuplée de héros [...]. [...] Rome, jadis le temple de la vertu, devient le théâtre du crime, l’opprobre des nations et le jouet des barbares. [...] la simplicité, l’innocence et les vertus. Telle avait été Rome même dans les temps de sa pauvreté et de son ignorance*”.

⁷ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 46: “[ROUSSEAU retrace] *l’histoire d’une culpabilité morale où le luxe, l’immortalité et l’esclavage constituent le châtiment immanent des peuples*”.

⁸ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 47.

⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 27.

¹⁰ Expression reprise de A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 47.

¹¹ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 47; M. FOUCAULT, *Philosophie, Anthropologie*, Folio, 2004, p. 1394, où il fait état de l’espoir que les Lumières ont suscité dans la croissance de la technique et de la connaissance sur la liberté individuelle.

¹² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 25.

¹³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 25.

la négation d'un bonheur ou d'une morale humaine en équilibre avec la technique. Le philosophe considère que les mœurs et la vertu n'ont fait que s'affaiblir dès lors que le courage militaire et les simples gens¹⁴ ont dû faire place aux scientifiques et aux artistes¹⁵. Cette critique à l'encontre des sciences est tout d'abord le reflet d'un constat que ROUSSEAU fait de la société à travers son histoire: les "*sciences sont nées de l'oisiveté humaine qui la nourrissent à leur tour*"¹⁶ et provoquant "*la perte irréparable du temps*"¹⁷. Ce premier préjudice porté à l'humanité vient à être renforcé par les arts qui impliquent le luxe en tant que second préjudice social: "*Le goût du faste ne s'associe guère dans les mêmes âmes avec celui de l'honnête. Tout artiste veut être applaudi*"¹⁸. Tout en démontrant que la technique poursuit des objectifs pervers, ROUSSEAU démontre qu'elle aboutit à des conséquences désastreuses pour les peuples qui la mettent excessivement en avant: "*Charles VIII se vit maître de la Toscane et du royaume de Naples sans avoir presque tiré l'épée; et toute sa cour attribua cette facilité inespérée à ce que les princes et la noblesse d'Italie s'amusaient plus à se rendre ingénieux et savant qu'ils ne s'exerçaient à devenir vigoureux et guerriers*"¹⁹. Il devient évident pour le lecteur que l'avancée des sciences et des arts se fait à un certain prix: "*esclavage, conquêtes sanglantes, meurtres politiques [...]. Voilà comment le luxe, la dissolution et l'esclavage ont été de tout temps le châtement des efforts orgueilleux que nous avons fait pour sortir de l'heureuse ignorance où la sagesse éternelle nous avait placés*"²⁰.

Avec ce premier *Discours*, ROUSSEAU médite sur la valeur d'une morale issue de la technique regroupant les sciences et arts. Il parvient à la conclusion que la progression de la technique se fait au profit de la morale²¹.

¹⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 35 : "*Nous avons des physiciens, des géomètres, des chimistes, des astronomes, des poètes [...], nous n'avons plus de citoyens ; ou s'il nous en reste encore, dispersés dans nos campagnes abandonnées, ils y périssent indigents et méprisés. Tel est l'état où sont réduits, tels sont les sentiments qu'obtiennent de nous ceux qui nous donnent du pain, et qui donnent du lait à nos enfants*".

¹⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 31 : "*Les Romains ont avoué que la vertu militaire s'était éteinte parmi eux à mesure qu'ils avaient commencé à se connaître en tableaux, en gravures, en vases d'orfèvrerie, et à cultiver les beaux-arts*".

¹⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 26.

¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 26.

¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 29.

¹⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 31.

²⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 22-23.

²¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 19: "*Ce n'est point par stupidité que [les Scythes et les Germains] ont préféré d'autres exercices à ceux de l'esprit. Ils n'ignoraient pas que dans d'autres contrées des*

Cette dernière est assombrie par les artifices du luxe qui émergent des arts et par l'inégalité sociale couplée à la science. En clair, pour l'auteur, la véritable vertu se situe dans l'homme antique avec sa force d'âme. Cet homme de bien n'est jugé qu'à travers ses actions militaires, son courage et son honnêteté²². Bien que ROUSSEAU ne semble pas identifier les causes précises de la corruption des hommes²³, il souligne donc la complicité entre les sciences et les arts d'une part, et la dislocation des vertus morales de l'autre. Il semble clair aux yeux du Genevois que la technique ne fait que précipiter nos âmes dans l'erreur: "*Ô vertu! Science sublime des âmes simples, faut-il donc tant de peines et d'appareils pour te connaître? Tes principes ne sont-ils pas gravés dans tous les cœurs, et ne suffit-il pas pour apprendre tes lois de rentrer en soi-même et d'écouter la voix de sa conscience dans le silence des passions? Voilà la véritable philosophie [...]*"²⁴.

Toutefois, il faut relever que ROUSSEAU n'est pas un fervent opposant au progrès et au génie humain dans l'évolution de sa technique²⁵. Dans sa réponse au Roi de Pologne, il relate le génie humain à travers des faits historiques, démontrant que c'est finalement grâce à la technique que l'homme est sorti des ténèbres²⁶. Son premier *Discours* est une mise en garde dans le déséquilibre social que les sciences et les arts sont capables d'apporter. Ce déséquilibre provient du fait d'une part que les sciences favorisent

hommes oisifs passaient leur vie à disputer sur le souverain bien, sur le vice et la vertu, et que d'orgueilleux raisonneurs, se donnant à eux-mêmes les plus grands éloges, confondaient les autres peuples sous le nom méprisant de barbares; mais ils ont considéré leurs mœurs et appris à dédaigner leur doctrine".

²² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 34: "*On ne demande plus à un homme s'il a de la probité mais s'il a des talents; ni d'un livre s'il est utile, mais s'il est bien écrit. Les récompenses sont prodiguées au bel esprit, et la vertu reste sans honneurs. Il y a mille prix pour un bel discours, aucun pour les belles actions".*

²³ A. DENEYS-TUNNEY, *Un autre Jean-Jacques Rousseau. Le paradoxe de la technique*, PUF, Paris, 2010, p. 51.

²⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 40.

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 12: "*C'est un si grand et beau spectacle de voir l'homme sortir en quelque manière du néant par ses propres efforts; dissiper, par les lumières de sa raison les ténèbres dans lesquelles la nature l'avait enveloppé; s'élever au-dessus de lui-même [...]*".

²⁶ J.-J. ROUSSEAU, "Réponse au Roi de Pologne, Duc de Lorraine", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 83: "[...] *gardons-nous d'en conclure qu'il faille aujourd'hui brûler toutes les bibliothèques et détruire les universités et les académies. Nous ne ferions que replonger l'Europe dans la barbarerie, et les mœurs n'y gagneraient rien*". ; G.-R. HAVENS, "La théorie de la bonté naturelle de l'homme chez Jean-Jacques Rousseau", in: *Revue d'Histoire littéraire de la France*, Armand Colin, Paris, t. 31, 1924, p. 630ss.

la puissance et la force des uns, puis des passions perverses²⁷ agissant sur la vertu que suscitent les arts d'autre part. Dans la réflexion rousseauiste, le bonheur social ne peut être atteint que lorsque "*la vertu, la science et l'autorité animés d'une noble émulation et [travaillent] de concert à la félicité du genre humain. Mais tant que la puissance sera seule d'un côté; les lumières et la sagesse seules d'un autre, les savants penseront rarement de grandes choses, les princes en feront plus rarement de belles, et les peuples continueront d'être vils, corrompus et malheureux*"²⁸. Les sciences et les arts endossent une connotation destructrice pour la vertu humaine, puisque l'homme désormais corrompu perd sa dévotion envers la patrie²⁹. Le "soldat citoyen"³⁰ tel qu'apparaît dans les cités antiques est à l'époque des Lumières inexistant; rongé par les apparences, le luxe et la concurrence, il ignore totalement ce qu'est la vertu³¹.

2. La perfectibilité de l'homme : source de désastre pour les vertus juridiques dans le second Discours

Avec le second *Discours*, ROUSSEAU parvient à démontrer que l'homme contient en lui-même une qualité qui le distingue radicalement des autres espèces sur terre: la perfectibilité³². Cette qualité a un prix. En effet, bien qu'elle permette à l'homme libre de rentrer dans l'histoire, elle peut aussi le

²⁷ J. ROGER, *Introduction*, Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité, GF-Flammarion, Paris, 1992, p. 6, où l'auteur précise que ROUSSEAU condamne fortement les arts, car ils désignent le joli, le sublime, les artifices de la politesse moderne et le luxe.

²⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 39; E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 34: "*La science est sans danger tant qu'elle ne s'élève pas purement et simplement au-dessus de la vie et s'en détache, tant qu'elle entend servir l'organisation de la vie elle-même*".

²⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 31: "*[...] tous les exemples nous apprennent qu'en cette martiale police et en toutes celles qui lui sont semblables, l'étude des sciences est bien plus propre à amollir et efféminer les courages qu'à les affermir et les animer*". ; Voir en ce sens la lettre de ROUSSEAU sur la réfutation de son *Discours* par M. GAUTIER, in : *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 52.

³⁰ Expression utilisée par Jacques ROGER, *Introduction*, Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité, GF-Flammarion, Paris, 1992, p. 7.

³¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 27-28: "*Que le luxe soit un signe certain des richesses; qu'il serve même si l'on veut à les multiplier: Que faudra-t-il conclure de ce paradoxe si digne d'être né de nos jours; et que deviendra la vertu, quand il faudra s'enrichir à quelque prix que ce soit? Les anciens politiques parlaient sans cesse de mœurs et de vertu; les nôtres ne parlent que de commerce et d'argent*".

³² Pour une discussion autour du thème de la perfectibilité humaine, voir notamment L. MILLET, *Pour connaître la pensée de Rousseau*, Bordas, Paris, 1966, p. 42ss.

mener à sa propre chute à travers de mauvais choix légistiques et institutionnels³³. Il en ressortira alors une inégalité sociale, légale et économique parmi les hommes³⁴.

ROUSSEAU précise dans sa *Préface* au *Discours* que pour répondre à la question philosophique qui lui est posée, il convient en premier de se pencher sur les origines et de la nature même des hommes³⁵.

En ce sens, il considère de manière anthropologique³⁶ que l'homme est bon par nature³⁷. A titre d'exemple, il renvoie aux sauvages d'Amérique qui

³³ J. ROGER, "Introduction", *Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité*, Flammarion, Paris, 1992, p. 16.

³⁴ J.-J. ROUSSEAU, "Réponse au Roi de Pologne, Duc de Lorraine", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p.76, dans laquelle réponse le philosophe anticipe sur son second *Discours*: "*La première source du mal est l'inégalité; de l'inégalité sont venues les richesses; car ces mots de pauvre et de riche sont relatifs, et partout où les hommes seront égaux, il n'y aura ni riches, ni pauvres. Des richesses sont nés le luxe et l'oisiveté; du luxe sont venues les beaux-arts, et de l'oisiveté la science*".

³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 171: "*Aussi je regarde le sujet de ce Discours comme une des questions les plus intéressantes que la philosophie puisse proposer, et malheureusement pour nous comme une des plus épineuses que les philosophes puissent résoudre. Car comment connaître la source de l'inégalité parmi les hommes, si l'on ne commence par les connaître eux-mêmes? [...]*"; Pour une discussion autour de l'état de nature et des origines de l'homme tels que présentés par Rousseau, voir notamment M.-F. PLATTNER, *Rousseau's state of nature. An interpretation of the Discourse on Inequality*, Northern Illinois Univ. Press, De Kalb, 1979, p. 18; R.D. MASTERS, *The political philosophy of Jean-Jacques Rousseau*, Princeton Univ. Press, Princeton/N.Jersey, 1968, p. 118; P. BÉNICHOU, "Réflexions sur l'idée de nature chez Jean-Jacques Rousseau", in : *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, t. 39, 1972-77, p. 24.

³⁶ Vinh-De NGUYEN, *Le problème de l'homme chez Jean-Jacques Rousseau*, Presses de l'Univ. du Québec, 1991, p. 3.

³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 213ss ; Voir dans ce sens, Lettre n°2129 du 2.9.1762, in: *Correspondance complète de Jean-Jacques Rousseau*, édition critique établie et annotée par R. A. Leigh, Droz, Genève/Oxford, 40 vol., lettres 1-7180, 1965-82, vol. 13, p. 71: "*[...] que l'homme est un être naturellement bon, aimant la justice et l'ordre*". Egalement, Lettre n°3564 du 13.10.1764, vol. 21, p. 248: "*[...] la persuasion où j'ai toujours été et que mes malheurs même n'ont pu détruire, que l'homme est né bon et qu'il deviendrait meilleur encore s'il était judicieusement éclairé*". ; Sur la question de la bonté naturelle de l'homme telle que discutée par ROUSSEAU, voir notamment A. SCHINZ, *La notion de vertu dans le premier Discours de Jean-Jacques Rousseau*, Mercure de France, 1912, A. SCHINZ, "La théorie de la bonté naturelle de l'homme chez Rousseau", in: *Revue du XVIIIe siècle*, t. 1, 1913, p. 434ss, G.-R. HAVENS, "La théorie de la bonté naturelle de l'homme chez Jean-Jacques

sont les seuls bénéficiaires du bonheur terrestre, puisqu'ils sont libres et vertueux, tout en n'éprouvant d'autres besoins que ceux de la nature³⁸. De plus, l'homme primitif ne reconnaît d'autres règles que celles qui se rapportent à sa propre conservation³⁹. Ignorant et faisant preuve d'innocence, cet homme n'a qu'une seule vertu : la pitié⁴⁰. Cette dernière passe par le sentiment d'identification à autrui qui ne peut exister que lorsque l'amour de soi existe⁴¹. Autrement dit, la pitié n'est plus possible à un stade de civilisation trop avancée où la technique, comme décrite dans le premier *Discours*, affaiblit les convictions humaines en privilégiant l'amour-propre. Or, à l'état de nature, l'homme proche des animaux⁴² vit dans un "monde intact, où le temps de s'écoule pas ou ne compte pas"⁴³. A ce stade primitif, la

Rousseau", in: *Revue d'Histoire littéraire de la France*, Armand Colin, Paris, t. 31, 1924, p. 629ss.

³⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 235.

³⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 188: "La terre abandonnée à sa fertilité naturelle, et couverte de forêts immenses que la cognée ne mutila jamais, offre à chaque pas des magasins et des retraites aux animaux de toute espèce. [L'homme] se nourrit également de la plupart des aliments divers que les autres animaux se partagent, et trouve par conséquent sa subsistance plus aisément que ne peut faire aucun d'eux".

⁴⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 213-214: "Je parle de la pitié, disposition convenable à des êtres aussi faibles, et sujets à autant de maux que nous le sommes; vertu d'autant plus universelle et d'autant plus utile à l'homme qu'elle précède en lui l'usage de toute réflexion, et si naturelle que les bêtes même en donnent quelque fois des signes sensibles. [...] que des cette seule qualité découlent toutes les vertus sociales".

⁴¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, note 15, p. 317: "L'amour de soi-même est un sentiment naturel qui porte tout animal à veiller à sa propre conservation et qui, dirigé dans l'homme par la raison et modifié par la pitié, produit l'humanité et la vertu. L'amour-propre n'est qu'un sentiment relatif, factice et né dans la société, qui porte chaque individu à faire plus de cas de soi que de tout autre, qui inspire aux hommes tous les maux qu'ils se font mutuellement et qui est la véritable source de l'honneur".

⁴² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 187, où l'auteur commence par examiner l'anatomie de l'homme.

⁴³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 185, où ROUSSEAU considère l'état de nature comme n'ayant jamais véritablement existé: "Il ne faut pas prendre les recherches, dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet, pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels; plus propres à éclaircir la nature des choses, qu'à en montrer la véritable origine [...]". Pour une analyse de ce passage, voir L. MILLET, Pour connaître la pensée de Rousseau, Bordas,

perfectibilité est en suspens, puisque les désirs, le temps et les satisfactions personnelles sont en équilibre⁴⁴. L'homme de nature est sensible – il accorde la priorité à l'émotion en lieu et place à la réflexion⁴⁵. Tant que la perfectibilité reste statique, l'homme est porté vers le secours mutuel faisant ainsi preuve de solidarité⁴⁶.

Avec cette approche de l'homme naturellement bon à l'état de nature, ROUSSEAU se démarque notamment de HOBBS⁴⁷, tout en restant proche de la pensée de PUFENDORF⁴⁸. En ce sens, le philosophe Genevois idéalise la forme primitive de l'être humain, qui, sortant des mains de la nature ne fait pas encore usage de sa liberté. L'homme à son stade primitif subit les lois de la nature sans pouvoir être un acteur créatif de l'histoire du monde⁴⁹. Le

Paris, 1966, p. 43; J. STAROBINSKY, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de J.-J. Rousseau, Publications de l'Univ. de Dijon*, vol. XXX, p. 99; Vinh-De NGUYEN, *Le problème de l'homme chez Jean-Jacques Rousseau*, Presses de l'Univ. du Québec, 1991, p. 64: "L'état de nature serait un état historique, un fait qui, en dépit de l'éloignement par rapport à la condition de vie actuelle des hommes, ne s'impose pas moins comme un fait réel".

⁴⁴ J. STAROBINSKY, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de J.-J. Rousseau, Publications de l'Univ. de Dijon*, vol. XXX, p. 99, 343: "[...] l'individu fait partie du monde, et le monde fait partie de l'individu".

⁴⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 221: "L'homme sauvage est sujet à peu de passions, et se suffisant à lui-même, n'avait que les sentiments et les lumières propres à cet état, qu'il ne sentait que ses vrais besoins, ne regardait que ce qu'il croyait avoir intérêt de voir, et que son intelligence ne faisait pas plus de progrès que sa vanité". ; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. viii.

⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 215: "C'est la raison qui engendre l'amour-propre, et c'est la réflexion qui le fortifie; c'est elle qui replie l'homme sur lui-même [;] c'est la philosophie qui l'isole: c'est par elle qu'il dit en secret, à l'aspect d'un homme souffrant: péris si tu veux, je suis en sûreté". ; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. ix: "Tant que nous ne sommes pas dénaturés, nous souffrons en voyant un autre être souffrir. Donc spontanément, nous sommes portés à le secourir".

⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 189: "Hobbes prétend que l'homme est naturellement intrépide, et ne cherche qu'à attaquer, et combattre. Un philosophe illustre pense au contraire, et Cumberland et Pufendroff l'assurent aussi, que rien n'est si timide que l'homme dans l'état de nature, et qu'il est toujours tremblant [...]".

⁴⁸ S. von PUFENDORF, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. II, chap. I, §4-5, 8; chap. II, §3, où l'état de nature est décrit comme un état indépendant de tout autre que de Dieu. L'homme vit isolé et de manière indépendante de toute institution gouvernementale.

⁴⁹ R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, 2e éd., Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1974, p. 148-149: "La sociabilité sera donc nulle chez un être qui, en raison de son isolement même, est privé de toute sorte de

sentiment de pitié d'une part, et celui de la conservation d'autre part sont les seuls qui l'animent en ces temps lointains. Ces mêmes sentiments font toutefois appel à une morale naturelle gravée dans le cœur de chaque individu – une pureté sentimentale qui sera perdue au cours de l'histoire humaine⁵⁰. L'auteur va jusqu'à affirmer que la loi naturelle est issue de la combinaison de ces deux principes : "*notre bien-être*" ou la conservation et "*la répugnance de voir l'autre souffrir*"⁵¹. Ainsi, il existe dans l'état de nature certaines règles qui sont antérieures à la raison⁵². Ce droit est l'expression de la bonté naturelle de l'homme.

Bien que ROUSSEAU reconnaisse une série de causes diverses d'inégalités physiques ou naturelles, elles ne sont pas propices à semer la discorde dans l'espèce humaine. En ce sens, l'auteur cite l'âge, la maladie, la force, ou encore la qualité d'esprit⁵³. Or, l'homme est devenu acteur de son histoire par des "*concours singuliers et fortuits de circonstances [...], qui pouvaient fort bien ne jamais arriver*"⁵⁴ – le hasard, l'accident démographique ou encore géologique sont sans doute ces causes externes qui sont aux yeux de ROUSSEAU le facteur perturbateur de cet équilibre naturel⁵⁵. Le temps des premiers hommes oisifs, par essence amoraux et vivant dans la disparité disparaît alors à jamais pour céder la place au caractère perfectible de

lumière. Sortant des mains de la nature, l'homme n'est sociable qu'en puissance, il est seulement fait pour le devenir et ne le deviendra effectivement qu'après avoir vécu en société".

⁵⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 164: "Je vous conjure de rentrer tous au fond de votre cœur et de consulter la voix secrète de votre conscience". ; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. x-xii.

⁵¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 176.

⁵² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 225, où l'auteur associe le premier sentiment de l'homme à celui de son existence, tandis que le premier soin de l'homme se rapporte à sa conservation.

⁵³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 183, 192.

⁵⁴ J.-J. ROUSSEAU, "Lettre à M. Philopolis", in: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 282 ; J. ROGER, "Introduction", in: *Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité*, Flammarion, Paris, 1992, p. 18.

⁵⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 223: "[...] la perfectibilité, les vertus sociales et les autres facultés que l'homme naturel avait reçues en puissance ne pouvaient jamais se développer d'elles-mêmes, qu'elles avaient besoin pour cela du concours fortuit de plusieurs causes étrangères qui pouvaient ne jamais naître, et sans lesquelles il fût demeuré éternellement dans sa condition primitive [...]".

l'homme – au progrès: "*A mesure que le genre humain s'étendit, les peines se multiplièrent avec les hommes. La différence des terrains, des climats, des saisons, put les forcer à en mettre dans leurs manières de vivre. Des années stériles, des hivers longs et rudes, des étés brûlants qui consomment tout, exigèrent d'eux une nouvelle industrie*"⁵⁶. Ainsi, ces bouleversements changent radicalement le milieu dans lequel l'homme s'est habitué à vivre. Désormais, "*expulsé de son bonheur oisif*"⁵⁷, il doit lutter contre l'insécurité et le manque de subsistance.

L'ingéniosité stimulée par le caractère perfectible de l'homme le conduit à faire face aux externalités pour assouvir ses besoins : "*Plus l'esprit s'éclairait, et plus l'industrie se perfectionna*"⁵⁸. Dans la difficulté à l'assouvissement de ces mêmes besoins, les êtres se sont associés⁵⁹. Ce premier pas vers la sociabilité engendre rapidement les premières inégalités: "*Celui qui chantait ou dansait le mieux; le plus beau, le plus fort, le plus adroit ou le plus éloquent devint le plus considéré, et ce fut là le premier pas vers l'inégalité, et vers le vice en même temps: de ces premières préférences naquirent d'un côté la vanité et le mépris, de l'autre la honte et l'envie [...]*"⁶⁰. L'association des hommes engendre la perte de la conscience morale et naturelle qui se voit remplacée par les jeux et les arts⁶¹ – "*responsables de*

⁵⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 226.

⁵⁷ J. STAROBINSKI, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 30, Publications de l'Université de Dijon, Paris, 1964, p. 100.

⁵⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 229.

⁵⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 226ss, où le philosophe relate cinq étapes majeures de l'évolution de l'espèce humaine. En premier, l'homme vécut en solitaire et ses relations avec ses semblables n'étaient que très brèves et exceptionnelles. Puis, l'homme se construisit des abris et ne plus vivre dans des cavernes ou sous les arbres. Les familles et les clans firent leur apparition. En troisième vient une découverte majeure à la fois pour l'espèce humaine et pour l'inégalité – le travail en division. Chacun connaissait des tâches spécifiques. En quatrième et issue de cette troisième phase vint le droit de propriété et de partage, ce qui ne fit qu'augmenter l'inégalité. L'espèce humaine connaît et connaît des guères en lien avec ce même droit. Enfin, et pour pallier à la paix, les hommes se dotèrent du contrat social. ; J. STAROBINSKI, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 30, Publications de l'Université de Dijon, Paris, 1964, p. 100-101.

⁶⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 232-233.

⁶¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 235, où l'auteur favorise l'art qui ne met pas en avant une personne parmi d'autres. "*Tant que les hommes se contentèrent de leurs*

*la naissance des mauvais sentiments*⁶². Rapidement, ROUSSEAU nous explique que l'agriculture et la répartition des tâches au travail quotidien ont su créer, entre ces hommes déjà inégaux les uns des autres, d'autres inégalités encore plus marquantes. Ces dernières sont issues des lois que les hommes se dotèrent – autrement dit, les lois positives sont strictement associées chez le philosophe à la société et contribuent à l'accroissement des inégalités⁶³.

En effet, l'essor des lois humaines qui marque d'avantage le recul du sentiment naturel de pitié, va avoir pour fonction d'introduire le droit de propriété: " [...] *mais dès qu'on s'aperçut qu'il était utile à un seul d'avoir des provisions pour deux, l'égalité disparut, la propriété s'introduisit, le travail devint nécessaire et les vastes forêts se changèrent en des campagnes riantes qu'il fallut arroser de la sueur des hommes, et dans lesquelles on vit bientôt l'esclavage et la misère germer et croître avec les moissons*"⁶⁴. Le travail récompensé dans les lois, va faire naître la conscience réfléchie. De cette dernière vont naître de nouveaux désirs qui outrepasseront les besoins naturels de l'homme⁶⁵.

La forte culture politique du philosophe genevois⁶⁶ sert à critiquer ouvertement l'oppression légale structurée autour du droit de propriété⁶⁷. L'établissement de la loi et de ce même droit va engendrer la scission entre les riches et les pauvres, ce qui est qualifié comme la première étape vers

cabanes rustiques, tant qu'ils se bornèrent à coudre leurs habits de peaux avec des arrêtes, à se parer de plumes [...], en un mot tant qu'ils ne s'appliquèrent qu'à des ouvrages qu'un seul pouvait faire, et qu'à des arts qui n'avaient pas besoin de concours de plusieurs mains, ils vécurent libres et sains, bons et heureux [...]".

⁶² J. ROGER, *Introduction*, Discours sur les sciences et les arts; Discours sur l'origine de l'inégalité, Flammarion, Paris, 1992, p. 19.

⁶³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 234: "*Les lois sont nées car de par l'évolution et l'émergence de la société, la seule morale – la bonté de l'état de nature – étaient insuffisante. Plus la société grossissait, plus les châtements étaient cruels*".

⁶⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 235.

⁶⁵ J. STAROBINSKI, "Du Discours sur l'inégalité au contrat social", in: *Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 30, Publications de l'Université de Dijon, Paris, 1964, p. 100.

⁶⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 174, 189, 211, 233, 238, 249, 251, etc., où il cite BURLAMAQUI, HOBBS, PUFENDORF, CUMBERLAND, GROTIUS, LOCKE.

⁶⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 236ss, où l'auteur associe le *suum cuique tribuere* (p. 237) faisant partie des premières règles de justice au droit de propriété. A cet égard, il ne manque pas de se servir de faits historiques en rapport avec la métallurgie et l'agriculture, qui, faisant appel à une main d'œuvre croissante, nécessitent le partage des terres.

l'inégalité permanente dans une société civile. La seconde étape est l'institution de la magistrature qui favorise les puissants en désespoir des faibles. Enfin, la troisième étape est celle qui attrait avec le changement du pouvoir institutionnel en place menant à l'arbitraire, car il scinde entre maîtres et esclaves la population humaine⁶⁸. L'on constate que la sociabilité se manifeste bien tardivement dans l'évolution de l'espèce humaine. En d'autres termes, le progrès apparaît à la suite d'une longue série d'événements qui aboutissent à la création des sociétés dépravant et pervertissant les hommes. Le philosophe tend à éveiller le lecteur sur la direction que l'humanité prend dans sa quête du progrès – tant institutionnel et légal que scientifique et intellectuel. Ce processus déclenché donc par la perfectibilité, tend de manière croissante à nous éloigner de nos sentiments naturels à l'égard d'autrui⁶⁹. Sur un plan légal, ROUSSEAU considère que le mal ne provient pas de l'homme directement mais de l'homme mal gouverné et des vertus juridiques contraires à la loi de nature que les institutions encouragent⁷⁰. En effet, le philosophe conclut que l'inégalité morale est autorisée par le seul droit positif, qui encourage les distinctions non naturelles entre individus – "qu'un enfant commande à un vieillard, qu'un imbécile conduise un homme sage et qu'une poignée de gens regorge de superfluidités, tandis que la multitude affamée manque du nécessaire"⁷¹.

Conclusion intermédiaire

Avec ses deux *Discours*, ROUSSEAU défend l'idée que l'homme perfectible est bon par nature, tel que Dieu l'a fait. Mais l'homme s'est altéré lui-même par de mauvais choix issu de sa capacité d'individu libre⁷². Séduit par le

⁶⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 256.

⁶⁹ R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. xi: "La révolution que propose Rousseau consiste en fin de compte à faire renaître la pureté première de la nature dans notre cœur, dans nos mœurs et dans l'histoire universelle. Car la pureté n'est jamais tout à fait morte. Elle n'est qu'obscurcie, enfouie, déformée, transformée par l'histoire et par la société".

⁷⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264: "Il suit de cet exposé que l'inégalité, étant presque nulle dans l'état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l'esprit humain et devient enfin stable et légitime par l'établissement de la propriété et des lois. Il suit encore que l'inégalité morale, autorisée par le seul droit positif, est contraire au droit naturel, toutes les fois qu'elle ne concourt pas en même proportion avec l'inégalité physique [...]".

⁷¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264.

⁷² E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 93: "La perfectibilité est la source de tous les espoirs comme de toutes les erreurs des

paraître de la technique puis par les avantages à vivre en société, les êtres humains ont peu à peu rejeté les vertus naturelles pour finalement ne pas les concrétiser dans les dispositions légales. A l'appui de faits historiques de la civilisation occidentale, le philosophe conclut que le progrès est une source de défaite morale engendrant la stagnation voir même la perte des mœurs. En d'autres termes, il est proposé au lecteur une vision pessimiste de l'humanité, qui ne vivant qu'à travers et pour le progrès, ne parvient plus à s'élever moralement. En ce sens, c'est l'optimisme des Lumières qui lui semble excessif et mensonger favorisant les arts et les sciences⁷³. L'idée que la technique conduit à un progrès dans les mœurs et la vertu lui semble contradictoire. Le temps du monde agricole et des valeurs guerrières antiques est définitivement révolu. Les sentiments ont fait place à la raison⁷⁴ éveillée qui préconise le travail et le profit individuel, afin de toucher au graal – le droit de propriété. A terme, la quête de la propriété, de même que la technique engendrent le mal en l'homme qui ne s'appartenant plus, exige toujours d'avantage que ce qui lui revient de par la nature⁷⁵. Poussé à l'extrême, la société valorise à travers le droit, le superflu artistique, la beauté et la puissance de certains dirigeants. Il en ressort que nos corps souffrent physiquement, car la grande majorité des maladies proviennent du luxe et des nourritures trop abondantes, des liqueurs, des passions, de fatigues⁷⁶. Or, les lois humaines continuent à défendre l'inégalité morale qui "*consiste dans les différents privilèges, dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres,*

hommes, de leurs vertus aussi bien que de leurs vices. Elle semble l'élever au-dessus de la nature, mais elle fait de lui le tyran de la nature et de lui-même".

⁷³ R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. xiv; J. ROGER, *Introduction*, *Discours sur les sciences et les arts*; *Discours sur l'origine de l'inégalité*, Flammarion, Paris, 1992, p. 5, 6.

⁷⁴ R. MAUZI, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIIIe siècle*, A. Colin, Paris, 1960, p. 137: "*Au stade naturel, la raison et le cœur restaient accordés, ou plutôt indifférenciés. L'homme de la nature n'avait à faire aucune réflexion sur lui-même. [...] Son immédiate innocence lui suffisait*". ; p. 139: "*La raison est une force immobile, immunisée à la fois contre la tristesse et la gaieté, elle a l'apparence d'un visage serein*". ; J. ROGER, *Les sciences de la vie ans la pensée française du XVIIIe siècle: la génération des animaux de Descartes à l'Encyclopédie*, A. Colin, Paris, 1963, p. 562.

⁷⁵ J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle suivi de sept essais sur Rousseau*, Gallimard, Paris, 1971, p. 347-348.

⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 192. A cet égard, l'auteur ne manque pas de préciser que l'homme sauvage connaît beaucoup moins de maux ne l'obligeant pas à la surconsommation de la médecine comme au XVIIIe siècle. "[Il] est toujours certain que si le sauvage malade abandonné à lui-même n'a rien à espérer que de la nature, en revanche il n'a rien à craindre que de son mal, ce qui rend souvent sa situation préférable à la notre" (p. 193).

comme d'êtres plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir"⁷⁷.

ROUSSEAU affirme qu'une fois la faculté de perfectibilité activée en l'homme, il lui est impossible de revenir à l'état de nature. En définitive, le lecteur est placé devant deux constats. En premier, la condition actuelle de l'homme civilisé lui semble perverse et par conséquent inacceptable par comparaison à la vertu de l'homme naturel. Puis, l'impossibilité d'un retour en arrière est contrebalancée par l'éthique du droit, elle-même fondatrice de la société⁷⁸. Les hommes vivant désormais en société n'ont alors d'autre choix que de se tourner vers "*la religion civile*"⁷⁹, seule capable de souder les engagements des citoyens concrétisés dans une convention collective⁸⁰. Dès l'instant où l'homme est devenu exclusivement citoyen, il ne va réfléchir et se confronter qu'aux problèmes d'une entité et non d'individualités⁸¹.

II. Deux domaines de droit suisse à l'épreuve de la vision du progrès tel que présentée par Rousseau

Dans cette seconde partie, il s'agit de démontrer, à l'appui des deux *Discours* de ROUSSEAU, que le progrès engendre un certain ralentissement sur le court

⁷⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 183-184.

⁷⁸ E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 94, 97.

⁷⁹ R. DERATHÉ, "La religion civile selon Rousseau", in: *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, t. 35, A. Jullien, Genève, 1959-62, p. 162, 163; R.-P. DROIT, "Rousseau le pur", in: *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. xix.

⁸⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 252-253: "[...] je me borne en suivant l'opinion commune à considérer ici l'établissement du corps politique comme un vrai contrat entre le peuple et les chefs qu'il se choisit, contrat par lequel les deux parties s'obligent à l'observation des lois qui y sont stipulées et qui forment les liens de leur union. Le peuple ayant, au sujet des relations sociales, réuni toutes ses volontés en une seule, tous les articles sur lesquels cette volonté s'explique deviennent autant de lois fondamentales qui obligent tous les membres de l'Etat sans exception, et l'une desquelles règle le choix et le pouvoir des magistrats chargés de veiller à l'exécution des autres". ; E. CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, Paris, 1987, p. 36, 37.

⁸¹ R. MAUZI, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIII^e siècle*, A. Colin, Paris, 1960, p. 141: "Non seulement il n'y aurait pas de conflit entre l'individuel et le collectif, mais la distinction entre les deux perdrait tout sens, puisque le citoyen est précisément cet homme en qui l'individuel et le collectif ne se conçoivent plus comme séparés".

terme, voir même un recul sur le long s'agissant des vertus et mœurs juridiques. Ce dépassement du droit par la science peut s'illustrer dans un double choix législatif suisse en lien avec les domaines technologiques: le domaine des médicaments et celui du nucléaire. C'est justement la pérennité de ce paradoxe entre le droit matériel et la technique relevé déjà au XVIIIe siècle par ROUSSEAU qu'il convient de mettre en lumière à travers la LAMal⁸² et la LPT⁸³ s'agissant du remboursement d'un médicament pouvant guérir une maladie orpheline, puis avec la LRCN⁸⁴ et les art. 41ss COS⁸⁵ en ce qui concerne la responsabilité nucléaire.

La méthode d'approche sera donc la mise en parallèle des solutions contemporaines suisses avec l'œil critique en matière de progrès tel que posé par le philosophe. Ce procédé pourra souligner les défauts figurant dans nos lois – défauts dont ROUSSEAU soupçonnait déjà l'existence en évoquant les perversions et les limites du progrès à la fois sur l'homme et l'Etat. Malgré les exceptions de droit prétorien et législatif, afin de donner plus d'équité aux solutions juridiques, il n'est pas certain que l'on puisse parvenir à un équilibre entre la technique et le bonheur de tout un chacun. Il faudra alors se demander si les *Discours* n'apportent pas une certaine manière de penser dont le législateur helvétique devrait s'inspirer.

1. La couverture sociale pour le traitement d'une maladie orpheline en Suisse: inégalité et déclin moral d'après les Discours de Rousseau

a) Le système actuel de prise en charge d'un traitement pour une maladie rare

Un dépassement du droit par la science peut être illustré dans un choix législatif en lien avec le remboursement d'un traitement pouvant à terme guérir ou atténuer les effets d'une maladie orpheline.

Pour des questions évidentes de protection de la santé et d'ordre public, la majorité des médicaments mis sur le marché en Suisse nécessitent une autorisation formelle de mise sur le marché⁸⁶. Le déclenchement de la procédure de mise sur le marché ne peut être effectuée que par un titulaire

⁸² Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10).

⁸³ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPT, RS 812.21).

⁸⁴ Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN, RS 732.44).

⁸⁵ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, RS 220).

⁸⁶ Art. 9 al.1 LPT.

d'une autorisation de fabrication, d'importation ou de commerce de gros⁸⁷. De plus, le requérant doit avoir élu domicile sur le territoire suisse, ou y avoir sa filiale⁸⁸. Ainsi, il est évident que le demandeur de mise sur le marché d'un produit thérapeutique sera dans la grande majorité des cas un fabricant pharmaceutique. La loi sur les produits thérapeutiques procède à une liste d'éléments qui attirent avec la qualité, la sécurité et l'efficacité d'un médicament. Tout demandeur d'autorisation doit démontrer le respect de cette liste⁸⁹. En outre, dans la demande d'autorisation, le demandeur doit notamment faire figurer la désignation du médicament⁹⁰, les effets thérapeutiques ainsi que les effets indésirables⁹¹, l'étiquetage, l'information, le mode de remise et le mode d'administration⁹². L'examen de ces éléments constitutifs quant à la mise sur le marché d'un tel produit peut nécessiter plusieurs mois⁹³. Lorsque toutes les conditions s'avèrent être remplies, l'Institut fédéral des produits thérapeutiques (ci-après: Swissmedic), octroie la mise sur le marché du produit en question⁹⁴. Enfin, il convient de relever qu'il existe au sens du droit suisse une procédure accélérée permettant d'obtenir une autorisation de mise sur le marché⁹⁵. Celle-ci peut être utilisée sur demande de Swissmedic dans le cas des maladies rares, ce qui revient à dire qu'elle n'est pas un droit pour le fabricant⁹⁶.

Le coût d'un médicament mis valablement sur le marché suisse n'est remboursé par l'assurance obligatoire des soins que s'il est prescrit conformément à son étiquetage agréé par Swissmedic et délivré sur ordonnance médicale⁹⁷. Il est également primordial que les produits pharmaceutiques prescrits doivent être efficaces, appropriés et économiques, afin que l'assurance entre en matière⁹⁸. S'agissant du critère d'efficacité, la loi nous

⁸⁷ Art. 10 al. 1 let.b LPTh.

⁸⁸ Art. 10 al.1 let.c LPTh.

⁸⁹ Art. 10 al.1 let.a LPTh.

⁹⁰ Art. Art. 11 al.1 let.a LPTh.

⁹¹ Art. 11 al. 1 let. e LPTh.

⁹² Art. 11 al. 1 let.f LPTh. S'agissant plus particulièrement du mode d'administration, voir art. 12ss OEMéd (RS 812.212.22).

⁹³ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 1999 3151, p. 3167ss.

⁹⁴ Art. 16 al.1 LPTh; art. 7 al.1 OMéd (RS 812.212.21); Toute modification ultérieure doit à nouveau faire l'objet d'une procédure d'autorisation: voir, art. 11ss OMéd.

⁹⁵ Art. 14 al.1 let.f LPTh; Art. 24ss OASMéd (RS 812.212.23).

⁹⁶ P. RICHLI, "Regelungsschwerpunkte des Heilmittelgesetzes", in: *Das neue Heilmittelgesetz: eine erste Bilanz*, POLEDNA/THOMAS/EICHENBERGER (éd.), Zurich/Basel/Genève, 2004, p. 59; cité par L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 4.

⁹⁷ Art. 25-34 LAMal.

⁹⁸ Art. 25 cum 32 al.1 LAMal.

renseigne qu'elle "doit être démontrée selon des méthodes scientifiques"⁹⁹. Puis, l'art. 31 al.1 LAMal ne manque pas d'insister sur le critère d'économicité (coûts-bénéfices)¹⁰⁰, qui implique l'obligation de privilégier à efficacité égale, le médicament au meilleur coût mis sur le marché¹⁰¹. Enfin, l'assurance obligatoire des soins n'est autorisée par la loi à ne rembourser aucunes autres prestations que celles listées aux arts. 25-33 LAMal¹⁰².

Ainsi, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) peut établir une liste, "avec prix, des préparations pharmaceutiques et des médicaments confectonnés (liste des spécialités). Celle-ci doit également comprendre les génériques meilleurs marché qui sont interchangeables avec les préparations originales"¹⁰³. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liste des spécialités endosse un caractère contraignant, c'est-à-dire que les médicaments qui ne sont pas listés ne doivent pas être pris en charge par l'assurance, et exhaustif, dans le sens où les prestations doivent y être inscrites¹⁰⁴. En d'autres termes, un patient ne peut espérer se voir rembourser par son assurance obligatoire des soins que si le médicament en question figure formellement sur ladite liste des spécialités. Chaque année la liste est présentée sous forme électronique, puis mise à jour et complétée¹⁰⁵. A titre exceptionnel, lorsque la santé publique l'exige ou lorsqu'un médicament revêt d'une grande importance pour le traitement médical, l'Office fédéral de la santé (ci-après : OFSP) peut inscrire ou maintenir dans la liste un produit, alors même que le fabricant ou l'importateur n'a pas demandé son inscription

⁹⁹ Art. 32 al.1 LAMal.

¹⁰⁰ Voir art. 43 LAMal.

¹⁰¹ Le critère d'économicité est également mentionné dans les conditions d'inscription à la liste des spécialités et ainsi être remboursé à l'art. 65 OAMal (RS 832.102). Pour l'évaluation du critère économique d'un médicament en général, voir art. 65a OAMal ; L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 10; Pour une approche détaillée du mécanisme menant au remboursement d'un médicament en Suisse, voir G. SCARTAZZINI, "Le caractère approprié et économique des prestations dans l'assurance-maladie suisse", in: *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, 2006 (36), p. 9ss.

¹⁰² Art. 34 al. 1 LAMal.

¹⁰³ Art. 52 al.1 let.b LAMal. La liste des spécialités est ne doit pas être assimilée à la "liste avec tarif des substances actives et auxiliaires employés pour la prescription magistrale; le tarif comprend aussi les prestations du pharmacien" (art. 53 al.1 let a ch.2 LAMal).

¹⁰⁴ Voir notamment l'arrêt du 1er septembre 2003 (K 63/02), ainsi que l'arrêt du 10 octobre 2003 (K 83/03).

¹⁰⁵ Art. 63 al.1 OAMal ; art. 64 OAMal ; Pour la procédure de radiation, voir l'art. 68 OAMal.

ou qu'il a demandé sa radiation. Dans ce cas, c'est l'OFSP qui fixe le montant à rembourser par l'assureur¹⁰⁶.

Outre l'exigence à ce que le médicament en cause figure formellement sur la liste des spécialités pour se voir rembourser, la loi et la jurisprudence exigent que son emploi soit conforme à l'étiquetage¹⁰⁷. Autrement dit, l'emploi du produit dans un but médical doit être strictement en accord avec l'autorisation de mise sur le marché. Toute utilisation qui sort de l'étiquetage tel que figurant dans l'autorisation est un emploi hors étiquette (*off-label use*)¹⁰⁸.

Or, il n'est pas rare qu'un médicament hors étiquette puisse avoir des effets bénéfiques pour un patient atteint d'une maladie rare. A ce titre, l'art. 14 al.1 let. f LPTh prévoit que les médicaments importants pour les maladies rares peuvent bénéficier d'une procédure d'autorisation simplifiée¹⁰⁹. En théorie donc un patient atteint d'une maladie rare peut se faire rembourser un traitement extrêmement coûteux. *"Toutefois, bien souvent, compte tenu du manque d'intérêt de l'industrie pharmaceutique pour ces médicaments, ils ne bénéficient pas d'autorisation de mise sur le marché"*¹¹⁰. En effet, alors que l'utilisation hors étiquette est très présente et dans beaucoup de cas bénéfique

¹⁰⁶ Art. 70 OAMal.

¹⁰⁷ K 103/03 : " Il ressort du système d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament que l'admission de celui-ci se rapporte toujours à des indications médicales précises. L'exigence d'un lien entre le médicament et une application concrète et déterminée de celui-ci est inhérente au système de l'autorisation, puisqu'un médicament est, par définition, destiné à agir médicalement sur l'organisme humain et sert à diagnostiquer, à prévenir ou traiter des maladies, des blessures et des handicaps (art. 4 al. 1 let.a LPTh). En plus de la qualité du médicament, une autre des conditions de l'autorisation est l'efficacité du produit thérapeutique (art. 10 al.1 let.a LPTh), soit sa capacité à atteindre le résultat thérapeutique visé par rapport à une maladie déterminée. La mise sur le marché d'un médicament n'est donc autorisée qu'en relation avec les maladies pour le diagnostic, la prévention ou le traitement desquelles le requérant a apporté la preuve que le médicament était efficace". ; Pour un commentaire sur cet arrêt, voir L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 4.

¹⁰⁸ Terme employé dans la littérature saxonne. Voir notamment, A. TABARROK, "Assessing the FDA via the anomaly of off-label drug prescribing", in: *The independent review* (2000/vol.V), p. 25ss; THE AMERICAN SOCIETY OF CLINICAL ONCOLOGY, "Reimbursement for cancer treatment: coverage of off-label drug indications", in: *Journal of clinical oncology*, 2006, vol.24, N19, p. 3206ss.

¹⁰⁹ Voir également l'art. 4 OASMéd. Une fois le statut de médicament orphelin reconnu (art. 13 LPTh), le médicament peut bénéficier d'une autorisation simplifiée si un Etat ayant un système de contrôle équivalent à la Suisse l'a mis sur le marché (art. 24ss OASMéd).

¹¹⁰ L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 6.

en oncologie¹¹¹, en psychiatrie¹¹² ou encore en pédiatrie¹¹³, les entreprises pharmaceutiques ne procèdent pas à une demande de changement dans l'autorisation délivrée par Swissmedic. Le devoir de diligence du médecin devient alors central. D'une part, il bénéficie d'une marge d'appréciation dans le choix de la thérapie en cours, mais d'autre part, il lui incombe d'informer le patient à la fois sur les risques¹¹⁴ d'un médicament non homologué pour sa pathologie et des aspects financiers qui pourraient en ressortir¹¹⁵. En effet, le patient doit savoir qu'une utilisation hors étiquette contraint les caisses maladies, à travers une application stricte de la loi, à refuser tout remboursement de traitement¹¹⁶.

Finalement, l'assureur ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour accorder le remboursement à son client, même si le médecin prescripteur est certain de l'efficacité du traitement proposé.

Conclusion intermédiaire

Les personnes atteintes d'une maladie rare se retrouvent face à une situation en Suisse dramatique, où, alors qu'ils sont couverts par une assurance maladie obligatoire, et que le médicament figure sur la liste des spécialités, le remboursement de leur traitement est refusé sur le grief de l'étiquetage¹¹⁷. Il

¹¹¹ R. ABELSON / A. POLLACK, "Medicare widens drugs it accepts for cancer", in: *The New York Times*, 26.1.2009.

¹¹² J. G. EDERSHEIM, "Off-label prescribing", in: *Psychiatric Times*, 2009, vol.26, N4.

¹¹³ E. R. DI PAOLO, H. STOETTER, J. COTTING (etc.), "Unlicensed and off-label drug use in a Swiss paediatric university hospital", in: *Swiss medical weekly*, 2006-136, p. 218ss.

¹¹⁴ Art. 59 al.3 LPTh.

¹¹⁵ D. MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Staempfli, Berne, 2006, p. 69.

¹¹⁶ Le catalogue exhaustif figurant à l'art. 34 LAMal empêche les caisses de prendre en charge d'autres coûts que ceux contenus aux arts. 25-33 LAMal. De plus, la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sociales (K 103/03) a également affirmé en 2009 l'exhaustivité de la liste des spécialités qui exclut une prise en charge pour les *off-label use*. ; V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 83ss, 98.

¹¹⁷ L'on pourrait très bien imaginer des cas où un médicament étiqueté de manière partielle mais peu coûteux et pouvant soigner une maladie orpheline ne sera pas couvert au profit d'un médicament plus cher ayant les mêmes effets. L'on assiste alors à ce que pourrait appeler ROUSSEAU un "effet pervers" du système légal mis en place qui ne respecte plus aucune logique: (*Discours sur les sciences et les arts*, p. 26) "*Si nos sciences sont vaines dans l'objet qu'elles se proposent, elles sont encore plus dangereuses par les effets qu'elles produisent. [...] Répondez-moi, dis-je, vous de qui nous avons reçu tant de sublimes connaissances ; quand vous ne nous auriez jamais rien appris de ces choses, en serions-nous moins nombreux, moins bien gouvernés, moins redoutables, moins florissants ou plus pervers ?*".

convient alors de se demander si le progrès scientifique est véritablement au profit de l'humanité, puisque toute une fraction d'individus s'en voit refuser l'accès. En effet, ROUSSEAU avançait que "*nos âmes se sont corrompues à mesure que nos sciences et nos arts se sont avancées à la perfection*"¹¹⁸, ce qui implique que le progrès technique engendre une stagnation des mœurs. Tandis que la science a su trouver comment palier aux méfaits de maux graves, le droit met un obstacle, balayant par la même occasion le sentiment de pitié, afin de privilégier les compagnies pharmaceutiques et les assurances – libres de décider de la conservation et de la survie des individus malades. En effet, Swissmedic ne dispose pas d'un droit à autorisation sur sa propre initiative, car il ressort de la loi que c'est l'entreprise-fabricant qui doit faire la demande¹¹⁹. Ainsi, une telle entreprise ne va faire un dépôt de demande que lorsqu'elle est certaine des retombées économiques suite à son investissement à la recherche, et ce, même si elle sait que l'un des effets bénéfiques de son produit peut soigner une maladie orpheline¹²⁰. En d'autres termes, l'institution de contrôle étatique qu'est Swissmedic a les "mains liées" ne pouvant pas intervenir légalement au profit des citoyens malades¹²¹. La dislocation prévue par le philosophe genevois entre le progrès moral concrétisé dans le droit et le progrès technique est parfaitement illustré dans la prise en charge d'un traitement contre une maladie orpheline. Le mécanisme légal et la mise en place des institutions de contrôle des médicaments, tels que choisi par le législateur, provoquent un sentiment de déshumanisation alors que les sciences offrent objectivement des solutions aux peines humaines. "[T]ant que la puissance sera seule d'un côté; les lumières et la sagesse seules d'un autre, les savants penseront rarement de

¹¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16.

¹¹⁹ Art. 10 LPTh.

¹²⁰ Cette situation abusive a provoqué une série de Recommandations de la part de l'Association des pharmaciens cantonaux suisses et de Swissmedic au sujet de l'utilisation des médicaments au sens de l' "off label use" (24.7.2006): http://www.gesundheitsdienste.bs.ch/hmw_offf-label-use_schlusspapier_06-07-24f4.pdf

¹²¹ Bien que l'art. 70 OAMal stipule que l'OFSP peut se substituer au fabricant pharmaceutique en usant de son pouvoir à l'inscription d'un médicament sur la liste des spécialités et ayant au préalable obtenu l'autorisation de mise sur le marché de Swissmedic, l'autorité ne semble pas dans les faits en faire un usage fréquent. Dans ce sens, voir le commentaire de V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitain*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 98 (Note 76): "[L]art. 70 OAMal pose des problèmes de mise en oeuvre non négligeables. D'une part, l'OFSP n'a pas forcément accès aux éléments de fait qui lui seraient utiles pour fixer correctement le prix. D'autre part, l'imposition d'un prix maximum à la société pharmaceutique soulève le problème constitutionnel de l'ancrage légal dans la seule ordonnance".

grandes choses, les princes en feront plus rarement de belles, et les peuples continueront d'être vils, corrompus et malheureux"¹²².

b) *Le droit prétorien comme rempart aux inégalités*

Les juges du Tribunal fédéral ont choisi d'appliquer deux exceptions de création prétorienne au refus de remboursement des médicaments hors étiquette: le complexe thérapeutique et l'utilité thérapeutique¹²³.

Selon la Haute Cour, il y a un complexe thérapeutique dès lors que plusieurs mesures médicales, bien que distinctes, poursuivent un but commun¹²⁴. Lorsque ces mesures sont étroitement connectées entre elles et que la majorité est couverte par l'assurance maladie – le médicament non pris en charge n'étant qu'accessoire mais irremplaçable, alors l'ensemble du traitement doit être pris en charge¹²⁵.

Le Tribunal fédéral admet qu'il y a une nécessité thérapeutique lorsque suite à des études de randomisation, il ressort qu'aucun autre traitement n'est possible¹²⁶. Autrement dit, et conformément à l'art. 9 al.4 LPTh, il convient

¹²² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 39.

¹²³ Pour une approche détaillée de ces deux exceptions, voir L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 16ss.

¹²⁴ ATF 120 V 200, consid. 7b, p. 212 : " [...] beim Zusammentreffen mehrerer medizinischer mAssnahmen, die gleichzeitig verschiedene, jedoch unter sich zusammenhängende Zwecke verfolgen, die für sich allein genommen sozialversicherungsrechtlich unterschiedliche Fogen nach sich ziehen würden, das Schicksal der gesamten therapeutischen Behandlung von Hauptzweck abhängig zu machen ist".

¹²⁵ K 103/03, consid. 6.1 : "Il existe des situations dans lesquelles il apparaît nécessaire de prescrire un médicament figurant dans la liste des spécialités pour une indication autre que celles pour lesquelles il a été autorisé, lorsqu'une maladie entraînant une menace pour la vie du patient ou une atteinte à sa santé grave et chronique ne pourrait pas être traitée autrement de manière efficace, par manque d'alternatives thérapeutiques. Le médicament ne pourra toutefois être administré à charge de l'assurance obligatoire des soins que s'il existe des raisons sérieuses pour admettre que le produit en question présente une utilité thérapeutique importante (curative ou palliative). A cet égard, on peut s'inspirer des conditions auxquelles Swissmedic peut autoriser pour une durée limitée la distribution ou la remise de médicaments contre des maladies mortelles qui ne sont pas autorisés à être mis sur le marché. Selon l'art. 9 al. 4 LPTh, une telle autorisation pour une durée limitée est admise lorsqu'elle est compatible avec la protection de la santé, qu'une grande utilité thérapeutique est attendue de l'administration de ces médicaments et qu'il n'existe pas de médicament équivalent". ; ATF 120 V 200, consid. 7b/bb, p. 213; Ces jurisprudences sont reprises à l'art. 71a al.1 let.a OAMal et dans les *Instructions concernant la liste des spécialités du 1.1.2012* de l'OFSP, ch. I.2.1.2, p. 60, <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06492/07568/index.html?lang=fr>

¹²⁶ ATF 130 V 532, consid. 6.2.

d'autoriser un tel usage hors étiquette, lorsqu'il "*est compatible avec la protection de la santé, qu'une grande utilité thérapeutique est attendue de l'administration de ces médicaments et qu'il n'existe pas de médicament équivalent*"¹²⁷.

Malgré l'effort correcteur entrepris par le Tribunal fédéral, la loi laisse transparaître une inégalité de traitement entre des malades souffrant d'une maladie orpheline, voir de la même maladie. En effet, une personne hospitalisée bénéficie d'un remboursement total de son traitement, peu importe que ce dernier figure dans la liste des spécialités ou qu'il soit utilisé hors étiquette: "*en cas d'hospitalisation, la rémunération s'effectue conformément au tarif applicable à l'hôpital en vertu de l'al.1, tant que le patient a besoin, selon l'indication médicale, d'un traitement et de soins ou d'une réadaptation médicale en milieu hospitalier*"¹²⁸. A l'inverse, le patient admis en ambulatoire ou traité par son médecin de famille se retrouve normalement à couvrir seul les dépenses liées à son traitement. De même, le patient qui sort du milieu hospitalier et qui jusqu'alors était couvert par l'assurance obligatoire, se verra refuser la continuation de son traitement hors étiquette.

Autrement dit, en privilégiant le principe de la légalité par une application à la lettre du système de remboursement actuel, le Tribunal fédéral préserve les intérêts économiques des compagnies pharmaceutiques. En effet, en posant le principe de non remboursement pour l'utilisation hors étiquette, le patient est à la merci du fabricant qui choisit, lors du dépôt de la demande de mise sur le marché, la fonctionnalité du produit. Les deux exceptions que le droit prétorien apporte font penser à un rééquilibrage entre les intérêts économiques et le droit à la vie, ainsi qu'à l'égalité de traitement¹²⁹.

Suite à ces deux exceptions, l'Office fédéral de la santé publique a rédigé en 2011 deux nouveaux articles dans l'OAMal se rapportant à la prise en

¹²⁷ Voir l'art. 71a al.1 let.b OAMal qui fixe le critère d'« absence d'alternative thérapeutique » c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'autre traitement efficace autorisé. Le principe d'utilité thérapeutique doit être admis que restrictivement, afin de ne pas porter atteinte au principe de la légalité. En ce sens, voir V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 123 ; OFSP, *Instructions concernant la liste des spécialités du 1.1.2012*, ch. 1.2.1.2, p. 60.

¹²⁸ Art. 49 al.4 LAMal; Pour une comparaison entre l'ancien art. 49 al.1 LAMal et l'actuel art. 49 al.4, voir L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 24.

¹²⁹ V. JUNOD, "Accès aux médicaments: les conditions du remboursement dans l'assurance-maladie obligatoire", in: *Le droit de la santé: aspects nouveaux: rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant*, Univ. de Neuchâtel, Neuchâtel, 2009, p. 113 ; L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 27.

charge d'un médicament qui se trouve sur la liste des spécialité et d'un médicament hors liste¹³⁰. Ainsi, "il appartient à l'assureur-maladie, en concertation avec le médecin-conseil, de juger de ces cas particuliers, indépendamment de la question de savoir si l'admission d'un médicament dans la LS a été demandée ou rejetée"¹³¹. Ainsi, en voulant donner plus de "clarté" à la situation des patients souffrant d'une maladie rare, l'institution fédérale délègue la prise de décision formelle et matérielle quant au remboursement au médecin-conseil de l'assureur. De facto, l'avis du médecin-conseil et l'assureur disposent d'une marge de manœuvre au moment d'apprécier si les conditions d'une des deux exceptions prétoriennes sont remplies. Par ce procédé, les assurances se substituent à un organe de contrôle étatique et il ne sera alors pas exceptionnel que de rencontrer deux patients atteints de la même maladie traités différemment par leur assurance des soins obligatoire.

Conclusion intermédiaire

Avec l'exception d'utilité thérapeutique, le Tribunal fédéral insiste sur la condition d'absence d'alternative pour le patient atteint d'une maladie rare, obligé d'employer le produit hors étiquetage. Or, en voulant être plus équitables, les juges ne font que créer une autre brèche entre les patients atteints de maladie orpheline et ceux qui combattent une "maladie courante". Ces derniers se verraient refuser l'application de l'exception, à travers le qualificatif de leur maladie. Le second *Discours* de ROUSSEAU décrit deux formes d'inégalités: physique ou naturelle et morale ou politique¹³². La maladie est une inégalité physique ou naturelle commune aux hommes vivant en société¹³³. Tous sont égaux devant la souffrance. Or, le Tribunal fédéral ne fait en l'espèce que créer une troisième inégalité à travers le droit. Donc en faisant preuve de raison envers les personnes atteintes de maladie orpheline, les juges en oublient le sentiment naturel de pitié pour tous les autres sujets de droit. Il en résulte une inégalité morale, fondée sur une convention légale qui s'articule autour d'une inégalité naturelle. "Il suit que l'inégalité morale, autorisée par le seul droit positif, est contraire au droit naturel, toutes les fois qu'elle ne concourt pas en même proportion avec l'inégalité physique; distinction qui détermine suffisamment ce qu'on doit penser à cet égard de la

¹³⁰ Art. 71a et art. 71b OAMal (en vigueur depuis le 1er mars 2011), RO 2011 653.

¹³¹ OFSP, *Instructions concernant la liste des spécialités du 1.1.2012*, I.1, p. 60.

¹³² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 183.

¹³³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 191.

sorte d'inégalités qui règne parmi tous les peuples policés [...] ¹³⁴". La Haute Cour se substitue ainsi à la nature ce qui provoque un mal nouveau entre les hommes. Le droit devient une source d'inégalité naturelle imprévisible pour un justiciable malade. En d'autres termes, sa situation est bien pire que celle de l'homme sauvage qui, "abandonné à lui-même n'a rien à espérer que de la nature, et n'a rien à craindre que de son mal, ce qui rend souvent sa situation préférable à la notre" ¹³⁵.

Par ailleurs, l'absence d'alternative thérapeutique implique que la partie demanderesse apporte une preuve scientifique à son argumentation. L'on peut également se demander si le côté raisonnable du Tribunal a toujours un sens: peut-on décemment exiger des personnes atteintes de maladies rares une étude statistique? N'est-ce pas le rôle de l'institut de contrôle suisse qui a examiné au préalable les conditions pour une mise sur le marché? Le remboursement "semble dépendre en bonne partie du talent avec lequel l'assuré prépare son dossier et, surtout, des appuis qu'il trouve auprès de médecins appelés à témoigner du caractère indispensable du médicament prescrit hors indication. Si le patient n'est pas activement secondé par ses médecins, voire par des experts, il perdra vraisemblablement son procès et devra assumer le coût du médicament" ¹³⁶. Il est alors évident qu'une telle démarche prendrait du temps, ce qui est en défaveur de la personne souffrante. L'autorisation délivrée à exploiter un produit équivaut au droit de propriété dans le second *Discours*. Il s'en suit qu'indirectement, les institutions et la magistrature favorisent une scission entre individus puissants et faibles ¹³⁷. Alors que les hommes de nature sont désormais des hommes-citoyens vivant par une convention collective à former un cadre civil avec une couverture sociale, cette dernière leur échappe à cause d'une insécurité juridique.

Le mal ne se situe alors pas dans les hommes eux mêmes, mais dans leur choix institutionnel et légal provoquant le déclin de toute pitié ou sentiment

¹³⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264.

¹³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 193.

¹³⁶ V. JUNOD, "Avastin-Lucentis: un médicament à tout prix?", in: *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, Cahier no 42(2009), Genève, p. 67; Passage cité et commenté par L. MAGISTRINI, "L'utilisation hors étiquette de médicaments et son remboursement par l'assurance-maladie", in: *Jusletter* du 31.1.2011, p. 31.

¹³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 256, où l'auteur précise que la seconde étape conduisant à une inégalité est formée par l'institution de la magistrature qui instaure un régime entre personnes puissantes et faibles.

d'humanité¹³⁸. La situation dans laquelle les justiciables atteints de maladies graves se retrouvent dépendant du médecin-conseil de leur assurance est non seulement une dénaturation de l'état primitif dans lequel l'homme se trouvaient autrefois, mais également de l'état civil construit autour de l'axe justice-raison. En effet, dans la pensée de ROUSSEAU, les hommes choisissent de s'associer dans un Etat civil et s'en remettre à une autorité souveraine. Or, le fait de confier par délégation des tâches qui se rapportent à leur vie et conservation, à l'image du médecin-conseil de l'assureur, ne permet plus d'assurer la jouissance paisible des droits individuels.

2. Le nucléaire: une technologie difficile à contenir dans des bases légales

a) Le régime du droit suisse en matière de responsabilité nucléaire

Poussé par la perfectibilité, l'homme redouble de créativité dans la technique et dans la consommation de celle-ci. L'énergie nucléaire en est le parfait exemple: en l'espace de moins d'un siècle, l'homme a su dépasser la nature dans le domaine énergétique. Il n'est plus à la merci du vent ou des courants pour puiser les flux déclencheurs d'énergie, mais a su adapter une technique autonome. Dans leur quête de progrès utile illustré par la volonté d'apporter à chaque génération plus de confort, de luxe et d'oisiveté, les hommes ont sans cesse péché par démesure. Le peuple grec, loin de ses héros vertueux et guerriers, mais en perdition comme décrit par ROUSSEAU – vivant que et à travers le progrès n'a pas attendu longtemps avant de connaître le déclin¹³⁹. Malgré l'écart de siècles et de technique qui nous sépare de ces faits historiques, l'actualité nucléaire¹⁴⁰ nous enseigne que tout comme les "grecs de ROUSSEAU", l'homme moderne est prêt à mettre en balance son droit à la vie et sa sécurité au profit de l'exploitation, de la consommation et de la rentabilité du progrès.

Il serait alors intéressant de démontrer, avec ce second exemple contemporain, que le droit suisse en matière de responsabilité objective et nucléaire défend le progrès mécanique couplé à l'économie. Un déséquilibre

¹³⁸ Voir notamment, J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 264.

¹³⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16ss.

¹⁴⁰ La catastrophe nucléaire à la centrale de Fukushima le 12 mars 2011 au lendemain d'un tremblement de terre de magnitude de 8,9 suivi d'un tsunami. Voir notamment, Japon; samedi, la menace nucléaire après la catastrophe naturelle, La Parisien, 12 mars 2011, <http://www.lefigaro.fr/international/2011/03/15/01003-20110315ARTFIG00308-japon-explosion-a-la-centrale-nucleaire-de-fukushima.php>

va transparaître dans la loi entre le souci de la nature et la sécurité de l'homme au profit de la préservation de la technique nucléaire.

Tandis que depuis une dizaine d'années, la Suisse et la France songent à un allongement de la durée d'utilisation de leurs centrales nucléaires respectives¹⁴¹, l'incident de Fukushima sonne le glas dans l'actualité mondiale. Malgré le châtement que la nature et la technique ont infligé à ce moment-là aux hommes, la perspective d'une consommation de progrès moindre fait peur et transparait à travers la loi. Ainsi, le régime légal actuel en Suisse n'est pas sans soulever quelques questions déroutantes. Dans l'ordre juridique fédéral, la responsabilité nucléaire liée à un risque qualifié se trouve cataloguée parmi les responsabilités dites objectives aggravées¹⁴². Ce risque qualifié est dû, soit à la fréquence des conséquences dommageables des activités en cause, soit à la gravité particulière de ces mêmes conséquences. Le législateur a su faire preuve de tolérance à l'égard de cette activité en imposant, en contrepartie, une responsabilité sans faute de l'exploitant¹⁴³. Le but est alors de privilégier dans le cadre du procès civil les victimes d'un accident nucléaire. Ainsi, la loi suisse sur la responsabilité civile en matière nucléaire (ci-après : LRCN)¹⁴⁴, repose sur l'idée que nonobstant un comportement diligent dans le cadre de cette activité, l'on ne peut exclure la matérialisation du risque avec une garantie suffisante. Le législateur a souhaité en 1984 – date de la mise en vigueur de la présente loi, trouver un

¹⁴¹ V. Nouyrigat, "Centrales nucléaires françaises: pourvu qu'elles durent...", in: *Science & Vie*, sept. 2008 (1092), p. 65ss, où l'auteur rapporte que les autorités de contrôle françaises souhaitent passer au-delà de la trentaine d'années d'exploitation par centrale. Il est dès lors évoqué la thèse de soixante ans de durée de vie. En suisse, voir le retrait par le Conseil des Etats de la motion (11.3616) du 16.06.2011 en rapport avec la limitation de toutes les centrales à une durée de cinquante ans. Il était alors question de modifier la loi sur l'énergie nucléaire (RS 732.0). Le Conseil fédéral avait proposé par un avis (07.09.2011) de rejeter ladite motion: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113616;

Voir également: http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/La_Suisse_pourrait_sortir_du_nucleaire_d_ici_2034.html?cid=30316296

¹⁴² Tel est le cas par exemple des dommages causés par l'emploi d'un véhicule automobile (RS 741.01), mais également en matière de navigation aérienne (RS 748.0), ou encore en matière d'exploitation d'installations électriques (RS 814.20). Dans tous ces domaines, le risque s'avère hautement élevé.

¹⁴³ F. WERRO, *La responsabilité civile*, 2e édition, Staempfli, Berne, 2011, p. 14: "*L'ordre juridique tolère ces activités dont le risque est inévitable car celles-ci sont jugées utiles et source de progrès pour la société. Afin d'assurer une protection adéquate des victimes, il impose toutefois en contrepartie à celui qui se livre à ces activités et qui en tire des profits une responsabilité aggravée. En instaurant une telle responsabilité, le législateur procède dès lors à une répartition des risques et des profits des activités dangereuses. Dans le système actuel, seule une loi spéciale peut instituer un tel type de responsabilité*".

¹⁴⁴ RS 732.44.

compromis entre les besoins économiques en vue de prospérer et l'apport du progrès technique auprès du plus grand nombre d'individus¹⁴⁵, et le type de responsabilité. En fin de compte, ce n'est pas tant la probabilité de l'accomplissement du dommage qui inquiète que ses effets, tous liés à sa réalisation, et qui sont la plupart du temps une source de débats¹⁴⁶.

Avec l'art. 3 al.1 de la LRCN, le droit suisse renonce à une limitation de la responsabilité au profit des victimes et de l'espace environnant. De cette façon, l'exploitant d'une installation nucléaire répond de manière illimitée des dommages d'origine nucléaire causés par des substances nucléaires se trouvant dans son installation. En d'autres termes, l'exploitant est amené à répondre pour la totalité du préjudice causé et non simplement à concurrence d'un montant bien déterminé par la loi. Toutefois, quelque soit la responsabilité prévue en lien avec l'activité mise en cause, la responsabilité aquilienne contient certaines preuves libératoires qui interrompent le lien de causalité entre le dommage et l'exploitation nucléaire. Ainsi, et malgré le choix d'une responsabilité aggravée prévue pour le producteur d'énergie nucléaire, le responsable dispose de certains outils juridiques qui lui permettent de se dégager totalement ou en partie de son obligation de dédommagement. Le droit suisse¹⁴⁷ retient trois facteurs interruptifs de la causalité que la LRCN ne manque pas de reprendre: la force majeure, la faute ou le fait de la victime, la faute ou le fait d'un tiers. D'après l'art. 5 al.1

¹⁴⁵ Pour les besoins de l'humanité en énergie primaire sous forme d'un graphique en fonction du temps, voir Société pour le développement de l'économie suisse, *Energie nucléaire: conséquence d'un moratoire ou d'un abandon*, Etude Informata SA, Zurich, 1990, p. 6.

¹⁴⁶ Voir notamment, Société Helvétique des Sciences Naturelles, *Danger d'irradiation par des centrales nucléaires*, Rapport N°1, Berne, 1978 ; I. BLOKOV/A. YABLOKOV/I. LABUNSKA, *La catastrophe de Tchernobyl. Conséquences sur la santé humaine*, Greenpeace, Amsterdam, 2006 : <http://www.chernobyl-day.org/IMG/pdf/rapport-greenpeace2006.pdf>

Il existe diverses autres études en lien avec le risque nucléaire, qui pour la plupart ont une tendance à minimiser les conséquences et se veulent non alarmistes. Voir, U.S. Atomic Energy Commission, qui publia en 1957, *The Brookhaven Report* (WASH-740), puis *The Rasmussen Report* (WASH-1400) en 1975. Pour un commentaire de ces rapports, C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 19ss.

¹⁴⁷ Art. 43 CO qui traite du cas fortuit pouvant conduire à la réduction de l'indemnité, tandis que la force majeure – événement imprévisible et irrésistible (ATF 102 Ib 257, consid. 5) mène à l'exclusion de la responsabilité de l'auteur. En outre, la faute ou le fait de la victime obligent dans la plupart des cas à une réduction de la responsabilité par le Tribunal en faveur de l'auteur (art. 44 CO ; ATF 116 II 519, consid. 4b). Pour un développement de ces facteurs interruptifs intervenant lors de l'examen de la causalité adéquate, voir notamment F. WERRO, *La responsabilité civile*, Staempfli, Berne, 2007, p. 56ss.

LRCN, *l'exploitant d'une installation nucléaire ou le détenteur d'une autorisation de transport est libéré de sa responsabilité s'il prouve que le lésé a causé le dommage intentionnellement*. De plus, selon l'art. 5 al.2 LRCN, *l'exploitant peut être libéré de sa responsabilité en tout ou en partie s'il prouve que le lésé a causé le dommage par négligence grave*.

Malgré ces facteurs d'exonération qui temporisent la responsabilité de l'auteur – exploitant de centrale nucléaire à l'égard d'un lésé, l'on constate que ce dernier doit indemniser toutes les autres personnes touchées de manière directe ou indirecte par l'onde issue de l'activité nucléaire. Toutes ces personnes, de prime abord couvertes par les assurances de l'exploitant, doivent amener la preuve causale de leur préjudice dans le courant du procès¹⁴⁸. C'est dans ce sens que l'applicabilité de la loi devient problématique. En effet, suite à la survenue d'un accident nucléaire, les préjudices physiologiques dus à la radiation ne peuvent survenir qu'après une période de latence très longue¹⁴⁹. Les victimes doivent de surcroît établir que leur mal a pour seule origine les radiolésions causées par les substances radioactives émises par la centrale nucléaire¹⁵⁰. Or, une expertise médicale ne peut apporter une réponse satisfaisante à un taux de 100% dans le cadre de la preuve au cours d'un procès civil. En outre, la loi contient une règle s'agissant de la conservation des preuves¹⁵¹ et une seconde se référant à l'appréciation de ces mêmes preuves¹⁵². Ces règles visent à instituer une procédure civile "spéciale" due à l'ampleur exceptionnelle d'une telle

¹⁴⁸ Art. 7 al. 1 LRCN (renvoie à l'art. 8 CC – RS 111 dans le cas de la preuve civile): *Le mode et l'étendue de la réparation ainsi que l'octroi d'une indemnité à titre de réparation morale sont régis par les principes du code des obligations concernant les actes illicites*. L'art. 44, al. 2, du code des obligations n'est pas applicable.

¹⁴⁹ C.-A. CHENU, *Preuve et responsabilité civile atomique*, in: *Aspects du droit de l'énergie atomique*, t.1, Paris, 1965, p. 31ss; N. PELZER, *Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire*, in: *Droit nucléaire européen*, Paris, 1968, p. 42; I. ZENDER, *Les dommages nucléaires en droit suisse et en droit comparé*, thèse, Grasser S.A., Neuchâtel, 1995, p. 102ss.; C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 131.

¹⁵⁰ Pour une notion de dommage nucléaire, voir I. ZENDER, *Les dommages nucléaires en droit suisse et en droit comparé*, thèse, Grasser S.A., Neuchâtel, 1995, p. 83ss.

¹⁵¹ Art. 22 al.1 LRCN: *Après un événement dommageable d'une certaine gravité, le Conseil fédéral ordonne une enquête. Il invite par publication toutes les personnes qui estiment avoir été victimes d'un dommage d'origine nucléaire à s'annoncer dans les trois mois qui suivent la publication, en indiquant la date du dommage et l'endroit où elles l'auraient subi, à l'autorité qu'il désigne*.

¹⁵² Art. 26 LRCN al. 1: *Le tribunal établit les faits d'office. Il n'est pas lié par les conclusions des parties*; al. 2: *Si une action est dirigée contre la personne responsable, l'assureur privé ou la Confédération, le tribunal donne aux deux autres parties concernées la possibilité de défendre leurs intérêts dans la procédure*.

catastrophe. Pourtant, elles comportent quelques brèches non négligeables. Tout d'abord, la procédure ne s'enclenche qu'en cas d'une "*certaines gravité*" comme le mentionne l'art. 22 al.1 LRCN. Cette notion n'est pas précisée dans la loi et dans le Message de celle-ci¹⁵³. Autrement dit, n'importe quel préjudice n'est pas à même d'entraîner une enquête pour ouvrir un procès civil¹⁵⁴. Outre le pouvoir d'appréciation à charge des autorités fédérales dans le cadre de l'enquête, les victimes de la catastrophe doivent s'annoncer dans les trois mois qui suivent. Bien que ce ne soit pas un délai de péremption qui conduit à la perte formelle d'un droit à la réparation, les victimes peuvent connaître des difficultés dans l'établissement de la preuve de leur préjudice subi passé ce délai¹⁵⁵. Il devient évident que plus les victimes laissent s'installer un écart en temps entre l'accident et ses effets nocifs, plus il sera difficile de prouver la contamination.

Après ce rapide tour d'horizon de la loi suisse sensée régir la procédure en matière de preuve et de réparation pour les victimes, l'on constate que la réglementation actuelle n'est pas à même de répondre à une situation spéciale qu'est une catastrophe nucléaire. En effet, les victimes sont mises face à un système procédurier qui favorise la longueur dans l'obtention des preuves et au coût de celles-ci. Ainsi, que le sinistre soit grave ou non ne change en rien les principes de procédure civile. Le tribunal devra donc apprécier les preuves apportées sur la base d'expertises ou de rapports et établir s'il y a lieu d'admettre un lien causal naturel et adéquat entre l'incident et les dommages¹⁵⁶. Les victimes doivent faire face à une double difficulté: l'apport de preuves solides et coûteuses dans un temps minimal, afin que le juge puisse conclure à un fort degré de certitude entre la maladie (cancer) et la catastrophe nucléaire¹⁵⁷. Tandis que la partie demanderesse doit faire face à ce double obstacle, la partie défenderesse dispose de moyens financiers considérables, qui toutefois ne pourraient suffire à couvrir les souffrances humaines et écologiques. Dans ce cas, la Confédération est amenée à légalement participer aux côtés des assureurs de l'exploitant nucléaire au recouvrement des dommages¹⁵⁸. Il ressort de ce système une confusion entre

¹⁵³ FF 1980 I 172ss.

¹⁵⁴ C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 133.

¹⁵⁵ FF 1980 I 212 en lien avec l'art. 26 al.2 LRCN; C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires et sa couverture*, thèse, Fribourg/Tübingen, 1987, p. 133-134.

¹⁵⁶ Art. 26 al.1 LRCN.

¹⁵⁷ Art. 27 et art. 28 LRCN qui temporisent les frais judiciaires pour la partie demanderesse.

¹⁵⁸ Art. 29 LRCN al.1: *S'il y a lieu de prévoir que les moyens financiers dont disposent la personne responsable, l'assureur privé et la Confédération ne suffisent pas à satisfaire toutes les demandes de réparation (grands sinistres), l'Assemblée fédérale*

l'intérêt public – la préservation de l'exploitation nucléaire, et la population subissant un sinistre.

b) *L'abandon d'un rééquilibre entre la vertu et la technique à travers le refus de la révision du droit de la responsabilité civile*

En 1988, le Conseil fédéral avait décidé d'instituer une commission se chargeant de la révision totale du droit de la responsabilité civile. Après un travail d'une dizaine d'années, les experts rendirent leur rapport en 1999 qui fut soumis aux chambres fédérales le 2 octobre 2000 endossant l'appellation de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (ci-après LRCiv). Or, c'est de manière "abrupte" que l'exécutif décida d'entériner ce projet en 2004, après quasiment seize ans de travail¹⁵⁹.

Ce projet prévoyait d'uniformiser le droit de la responsabilité éparpillée dans diverses lois¹⁶⁰, tout en apportant des nouveautés en matière d'environnement¹⁶¹ et dans la responsabilité pour le risque avec une clause générale à l'art. 50 LRCiv¹⁶². L'art. 50 LRCiv avait pour tâche de couvrir toutes les activités source d'un danger particulier qui s'apparentent à une responsabilité objective aggravée. L'on rencontre ainsi le cas des exploitants d'installations nucléaires. La LRCiv qualifie leur activité de spécifiquement dangereuse, du fait de sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisées, car en dépit de toute la diligence qui peut être exigée d'une personne spécialisée en la matière, elle ne saurait prévenir la matérialisation d'un tel risque¹⁶³. L'avant-projet de loi suisse précise bien que l'exploitation nucléaire est une activité tolérée par l'ordre juridique, mais qui dans ce cas doit d'obéir, au vu de l'importance préjudiciable que le risque matérialisé pourrait causer, à un régime spécial¹⁶⁴. Avec la nouvelle clause générale pour

établit un régime d'indemnisation par un arrêté fédéral de portée générale, qui n'est pas sujet au référendum. Cet arrêté peut supprimer le droit de recours de toutes les institutions d'assurance publiques et privées, ainsi que celui des caisses-maladies, contre la personne responsable, l'art. 20 étant réservé. Au besoin, la Confédération peut verser des contributions supplémentaires pour les dommages non couverts.

¹⁵⁹ Curia Vista – Objets parlementaires, Question 08.1007 du 05.03.2008:

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20081007

¹⁶⁰ P. WIDMER / P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Berne, 2000, p. 61.

¹⁶¹ Art. 45 al.3 LRCiv, qui stipule qu' "en matière de responsabilité pour le risque et sauf disposition contraire, seul est réparable le dommage résultat d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement".

¹⁶² P. WIDMER / P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Berne, 2000, p. 134ss.

¹⁶³ Art. 50 al. 2 LRCiv.

¹⁶⁴ Art. 50 al.1 LRCiv.

le risque aggravé, l'exploitant nucléaire n'aurait pas eu la possibilité d'exciper la faute d'un tiers, de la victime, ou le cas fortuit, afin d'atténuer sa responsabilité. En effet, la matérialisation du risque lié à l'activité dangereuse et la démonstration de la causalité naturelle suffisent à forcer lors d'un procès civil à ce que l'entier des préjudices humains et environnants soient réparés par l'exploitant.

Or, les lobbies parlementaires et le milieu économique craignant (avec raison) un renforcement accru de la responsabilité pour un risque qualifié à travers cette loi d'unification ont su convaincre les institutions fédérales à entériner le projet¹⁶⁵. En outre, la crainte des assureurs et des exploitants de voir les délais de prescription s'allonger de trois mois avec la LRCN à trois ans et à vingt ans pour la péremption suite au sinistre, ont eu pour seul écho une vive opposition des milieux intéressés¹⁶⁶.

Ainsi, les règles juridiques actuelles ou les vertus qu'elles renferment ne sont pas le reflet de sentiments d'humanité, mais de la démesure à consommer le progrès. En effet, les outils juridiques actuellement en œuvre ne sont pas à la hauteur du risque technologique exploité, mais expriment la crainte d'une quelconque baisse de profit économique et de confort social.

Conclusion intermédiaire

Le nucléaire est le symbole d'une civilisation en pleine croissance en matière de technique et de richesse. Or, à l'image des institutions politiques grecques relatées dans le premier *Discours*¹⁶⁷, les instruments juridiques suisses ne semblent pas parvenir en tout point à contrebalancer le progrès nucléaire, afin de maintenir un équilibre entre la démesure de consommation et les sentiments d'humanité envers les citoyens. Le philosophe genevois aurait certainement pu critiquer la métamorphose nucléaire opérante dans notre société contemporaine, puisque les outils légaux ne reflètent pas une bonne compréhension du risque technologique exploité. La mise en garde rousseauiste d'un tel progrès humain peut trouver le reflet dans la récente catastrophe nipponne qui est un double désastre: sur le plan humain et naturel.

¹⁶⁵ *Curia Vista* – Objets parlementaires, Question 08.1007 du 05.03.2008: http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20081007

¹⁶⁶ Art. 55 LRCiv al.1: *L'action en réparation du dommage se prescrit par trois ans à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture*; al.2: *Dans tous les cas, cette action se prescrit par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire.*

¹⁶⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, Flammarion, Paris, 2008, p. 16ss.

Le nucléaire est "un mal" qui mène vers l'inégalité, car à mesure que la société s'agrandit, elle préfère privilégier le confort en dépit du risque¹⁶⁸. De cette façon, les choix législatifs seront le reflet du luxe et de l'oisiveté à travers la technique. Plus ces passions humaines sont fortes, moins les lois positives sont à même de les contenir. Ainsi, bien que les lois sont rédigées pour corriger les inégalités, elles en engendrent d'autres par le fait d'offrir des privilèges aux exploitants industriels¹⁶⁹.

Conclusion finale

Selon ROUSSEAU, le progrès se doit de favoriser l'équilibre entre l'éveil moral – conceptualisé par les lois, et la technique mécanique. Or, il existe dans le progrès scientifique une dislocation entre la technique et la morale, ouvrant la voie aux sentiments pervers du luxe et de profit personnel: "*Peuples, sachez donc une fois que la nature a voulu vous préserver de la science, comme une mère arrache une arme dangereuse des mains de son enfant; que tous les secrets qu'elle vous cache sont autant de maux dont elle vous garantit, et que la peine que vous trouvez à vous instruire n'est pas le moindre de ses bienfaits. Les hommes sont pervers; ils seraient pires encore, s'ils avaient eu le malheur de naître savants*"¹⁷⁰. L'auteur propose donc une médiation à travers les deux *Discours* sur ce que doit être le progrès humain – la réelle mesure d'une évolution dans nos valeurs et mœurs exprimés à travers les actes législatifs.

Alors que tous les hommes sont bons et égaux à l'état de nature, le progrès technique pervertit parfaitement les sentiments de solidarité, en balayant le mythe du "Bon Sauvage", et faisant ainsi place aux sentiments égoïstes. Cela s'avère être le cas s'agissant tout particulièrement de la couverture des soins lors d'une maladie orpheline ou encore dans la responsabilité civile lors de manipulation d'activités dangereuses. Dans ces deux domaines, l'homme pêche par démesure, puisqu'il n'est que le consommateur du progrès, sans véritable-

¹⁶⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 226ss.

¹⁶⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 217: "*Il faut convenir d'abord que plus les passions sont violentes, plus les lois sont nécessaires pour les contenir: mais outre que les désordres et les crimes que celles-ci causent tous les jours parmi nous montrent assez l'insuffisance des lois à cet égard, il serait encore bon d'examiner si ces désordres ne sont point nés avec les lois mêmes; car alors, quand elles seraient capables de les réprimer, ce serait bien le moins qu'on en dût exiger que d'arrêter un mal qui n'existerait point sans elles*".

¹⁷⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 24.

ment s'éveiller moralement¹⁷¹. Ainsi, ROUSSEAU considère le progrès comme se devant être la mesure annoncée d'un changement dans les valeurs conceptuelles, permettant à la fois une vie paisible en communauté et le bonheur individuel. Le vrai progrès est selon lui contenu dans l'état de nature où l'homme est une créature sensible à vivant à la merci des seules inégalités physiques ou naturelles. A mesure que la société se crée, s'agrandit et progresse, les hommes sont en proie à des dérives matérialistes et choisissent de fermer les yeux sur des institutions qui engendrent les inégalités. Lorsque le progrès n'est pas intégré et digéré par les institutions politiques et juridiques mises en place, il peut être la cause décadente de toute une civilisation. S'il peut s'avérer qu'à certains égards la théorie du progrès et de l'origine aux inégalités parmi les hommes n'est pas la solution aux problèmes existants en droit matériel suisse, ROUSSEAU est semble-t-il parvenu à percevoir, quelques trois cent ans plus tôt avec les *Discours*, l'incapacité des institutions à contrôler et distribuer le progrès de manière complète aux hommes. ROUSSEAU démontre à travers l'histoire de l'homme que lorsque les inégalités sont devenues trop fortes et perceptibles, toutes appuyées sur le progrès de la technique des arts et des sciences, le déclin politique d'une nation est inévitable. Afin d'éviter ce déclin, le philosophe préconise que les citoyens se tournent d'avantage vers un amour de soi plutôt que vers un amour-propre¹⁷². Ce qui détruit l'équilibre social est l'inactivité de nos sentiments naturels faisant ainsi place aux désirs artificiels qui transparaissent dans nos lois¹⁷³.

¹⁷¹ F.C. GREEN, *Rousseau and the idea of progress*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 7: "Adopting the role not of judge but of prosecuting counsel, Rousseau set out to prove on historical evidence that by the operation of a law comparable in its necessity to that which governs the ebb and flow of the tides, cultural progress always results in a corresponding decline in morality".

¹⁷² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 234, 239, (note 15) p. 317; F.C. GREEN, *Rousseau and the idea of progress*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 16, 17.

¹⁷³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 40: "Ô vertu! [...] Tes principes ne sont-ils pas gravés dans tous les cœurs, et ne suffit-il pas pour apprendre tes lois de rentrer en soi-même et d'écouter la voix de sa conscience dans le silence des passions?"; p. 26, où le philosophe relate les maximes de justice qui doivent servir de squelette au pouvoir législatif: "Fais à autrui comme tu veux qu'on te fasse, inspire à tous les hommes cette autre maxime de bonté naturelle bien moins parfaite, mais plus utile [...]: Fais ton bien avec le moindre mal d'autrui qu'il est possible. C'est, en un mot, dans ce sentiment naturel, plutôt que dans des arguments subtils, qu'il faut chercher la cause de la répugnance que tout homme éprouverait à mal faire, même indépendamment des maximes de l'éducation"; p. 264: "Il suit de cet exposé que l'inégalité, étant presque nulle dans l'état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l'esprit humain et devient enfin stable et légitime par l'établissement de la propriété et des lois". ; F.C. GREEN, *Rousseau and the idea of progress*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 19.

Ab dictatura – Ad urgentiam: de la dictature romaine à la législation urgente suisse

I. Introduction

A l'aube du XVI^{ème} siècle, Niccolò MACHIAVELLI considère déjà le droit dit de nécessité telle une véritable institution sans laquelle « un Etat ne peut que difficilement échapper à des secousses extraordinaires. Les autorités accoutumées ayant dans une république une marche lente, il arrive que, lorsqu'il faut réunir ces volontés, les remèdes sont tardifs et deviennent très dangereux, s'il faut les employer contre des maux qui en demandent de très prompts. Quand une pareille institution manque dans une république, il faut, en suivant les voies ordinaires, voir la Constitution périr, ou bien s'en écarter pour la sauver »¹.

Ce dilemme est d'ailleurs toujours entretenu par d'ardentes controverses doctrinales opposant les auteurs persuadés que « les intérêts supérieurs de l'Etat ne peuvent être sacrifiés à l'observation rigoureuse des règles de droit existantes »² à ceux convaincus que « ruiner la loi, même par exception et sous la pression de circonstances extraordinaires revient déjà à ruiner l'Etat, à ouvrir les portes à l'arbitraire et à la tyrannie »³.

La présente étude s'engage au cœur de ladite joute en évaluant, dans une perspective à la fois historique et comparatiste, la légitimité du droit de nécessité à l'aune du droit romain et du droit suisse dont le rapprochement constitue le point d'honneur de l'entreprise.

II. De la dictature en droit romain

A. Définition

En droit romain, la *dictatura* se définit comme la magistrature extraordinaire consacrant temporairement les pouvoirs suprêmes en les mains d'un seul

* Assistant & Doctorant à la Faculté de droit, Université de Genève.

¹ MACHIAVELLI Niccolò, *Le Prince*, Paris (Garnier) 1853, XXXIV p. 173 ; 174.

² HOERNI Robert, *De l'état de nécessité en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Genève (Société générale d'imprimerie) 1917, p. 7.

³ MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Lausanne (Jaunin) 1953, p. 10.

homme dont la mission est de palier urgemment aux troubles menaçant la *Respublica*.⁴

B. Origines, étymologie et appellation

A en croire la doctrine majoritaire, le *dictator* serait le descendant lointain de l'*aisynnète* grec qui n'est autre qu'un tyran que les Hellènes élisent lorsqu'un danger imminent menace la *polis*.⁵

Pour ce qui est de son avènement dans le Latium, cette fonction semblerait déjà connue de nombreux peuples italiques tels les Latins, les Albains et les Etrusques avant d'être élevée au rang de magistrature par la République romaine en l'an 501 *ante Christum*.⁶

Quant à son étymologie, le terme *dictator* qualifierait littéralement selon certains auteurs⁷ celui qui a la compétence pour prononcer les *edicta*, les ordonnances de pleins pouvoirs, alors que d'autres⁸ préfèrent le rapprocher du

⁴ CICERO Marcus Tullius, *De legibus*, Paris (Panckoucke) 1840, III/III p. 192 ss. *cum* MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 176 *cum* WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 256 *cum* CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 223 *cum* DUNAND Jean-Philippe / PICHONNAZ PASCAL, *Lexique de Droit romain*, Bruxelles / Zürich (Bruylant / Schulthess) 2006, p.46 *cum* GAFFIOT Félix, *Dictionnaire illustré latin français*, Paris (Hachette) 1934, p. 521 *cum* QUICHERAT Louis / DAVELUY Amédée / CHATELAIN Emile, *Dictionnaire latin français*, Paris (Hachette) 1922, p. 408 *cum* HULOT Henri, *Corps de Droit civil romain*, Aalen (Scientia) 1979, I/II/XVIII p. 48 *cum* HEUMANN Hermann Gottlieb, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena (Fischer) 1907, p. 145.

⁵ D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/VIII p. 566 ; 567 *cum* SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 45.

⁶ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris (Dalibon) 1824, IV/VI p. 181 *cum* CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 223 *cum* LABRUNA Luigi, « Adversus plebem dictator », in *Index*, XV, Naples (Jovene) 1987, p. 290 *cum* RUDOLPH Hans, *Stadt und Staat im römischen Italien*, Göttingen (Van Den Hoeck / Ruprecht) 1965, p. 8 ss. *cum* WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 256 *cum* MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 105 *cum* DE MARTINO Francesco, *Storia della Costituzione romana*, Naples (Jovene) 1973, p. 268.

⁷ MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 165 *cum* D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/VII p. 565.

⁸ MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 105 *cum* LABRUNA Luigi, « Adversus plebem dictator », in *Index*, XV, Naples (Jovene) 1987, p. 289 *cum* D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris

participe passé *dictus* illustrant la désignation du magistrat suprême. A notre sens, le suffixe « -or » ayant une connotation dite « active », la première conception devrait être préférée.

S'agissant dès lors du titre même que porte ce magistrat extraordinaire, bon nombre de sources archaïques font alternativement allusion aux termes *magister populi*, *praetor maximus* ou encore *dictator*.⁹ Ce dernier se serait progressivement imposé dans la République romaine afin que l'euphémisme des mots permette de quelque peu atténuer la réalité des faits, la *dictatura* pouvant être perçue par le peuple tel un rétablissement temporaire de la monarchie.¹⁰

C. Nomination, pouvoirs et obligations

Comme le laisse pressentir sa définition, l'instauration de la *dictatura* s'apparente à une *ultima ratio* imposée par une situation d'extrême urgence dont la cause ; une guerre, une calamité naturelle, un soulèvement populaire ou encore un coup d'Etat, commande de concentrer l'ensemble des pouvoirs en les mains d'un seul homme au dépend des mécanismes légaux ordinaires afin d'assurer le salut de Rome.¹¹

La nomination d'un *dictator* relève de la compétence d'un consul et ne nécessite aucunement l'assentiment du sénat ni l'aval du peuple.

(Lottin) 1723, I/V/XIV/VII p. 565 cum RUDOLPH Hans, *Stadt und Staat im römischen Italien*, Göttingen (Van Den Hoeck / Ruprecht) 1965, p. 13.

⁹ RAINER Michael, *Römisches Staatsrecht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2006, p. 79 cum MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 164 cum WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 257.

¹⁰ MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 164 ; 192-194 cum D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/VIII p. 567 cum RUDOLPH Hans, *Stadt und Staat im römischen Italien*, Göttingen (Van Den Hoeck / Ruprecht) 1965, p. 8-10 cum RAINER Michael, *Römisches Staatsrecht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2006, p. 80 cum MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Lausanne (Jaunin) 1953, p. 9.

¹¹ SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 44 ; 48 cum CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 223 cum MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 162 ; 163 cum ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris (Dalibon) 1824, IV/VI p. 180 cum D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/XV p. 571 cum MACHIAVELLI Niccolò, *Le Prince*, Paris (Garnier) 1853, p. 173 cum MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 105 cum MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Lausanne (Jaunin) 1953, p. 9 cum HULOT Henri, *Corps de Droit civil romain*, Aalen (Scientia) 1979, I/II/XVIII p. 48.

La forme que prend cette désignation (*dictatoris dictio*) s'apparente à un véritable rituel (*mos*) marqué par une prise des auspices (*auspicia*) menée de nuit (*nocte*), en direction de l'orient (*oriens*), en silence (*silentio*) et sur le sol sacré de Rome (*in agro Romano*).¹²

Le *dictator* étant seul détenteur des pouvoirs suprêmes (*summum imperium*), les autres magistrats lui sont subordonnés et dévoués. Symboliquement, cette suprématie (*potestas dictatoria*) se manifeste par le fait que 24 licteurs (*lictors*), soit autant que ceux des deux consuls réunis, l'escortent en permanence armés des faisceaux (*fascas cum securibus*) et ceci à l'intérieur même du *pomærium*, l'enceinte sacrée de Rome.

Cette indépendance dans la conduite de son action est également renforcée par une immunité et une irresponsabilité *ad personam*.¹³

Seules deux obligations viennent néanmoins tempérer les pleins pouvoirs dictatoriaux.

La première, pouvant être qualifiée d'organisationnelle, contraint le *dictator* à s'adjoindre les services d'un *magister equitum* devant le seconder

¹² LIVIUS Titus, *Ab Urbe condita libri*, Paris (Panckoucke) 1835, IV/VIII/XXIII p. 346 ss. cum ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris (Dalibon) 1824, IV/VI p. 181 cum CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 224 cum LABRUNA Luigi, « Adversus plebem dictator », in *Index*, XV, Naples (Jovene) 1987, p. 289 cum MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 114-182 ; 185-191 cum WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 257 cum SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 48 cum MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 106 cum DE MARTINO Francesco, *Storia della Costituzione romana*, Naples (Jovene) 1973, p. 272 cum KUNKEL Wolfgang, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München (Beck) 1995, p. 667-669 ; 673 cum RAINER Michael, *Römisches Staatsrecht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2006, p. 80.

¹³ KUNKEL Wolfgang, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München (Beck) 1995, p. 665 ; 666 ; 678 cum D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/X p. 568 ; 569 cum SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 52 ; 56 cum RAINER Michael, *Römisches Staatsrecht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2006, p. 80 ; 81 cum MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 105 ; 106 cum MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Lausanne (Jaunin) 1953, p. 9 cum MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 174-182 ; 185-191 cum WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 258-261 cum HULOT Henri, *Corps de Droit civil romain*, Aalen (Scientia) 1979, I/II/XVIII p. 48.

dans son commandement des légions et emmenant seul la cavalerie. Une certaine collégialité, certes atténuée, est ainsi assurée.¹⁴

La seconde instaure quant à elle une délimitation dite temporelle puisque la *dictatura* ne peut aucunement s'étendre au-delà du délai absolu de 6 mois au terme duquel le *dictator* a l'obligation d'abdiquer. Ses pouvoirs se restreignent ainsi à une mission spécifique.¹⁵

D. Consécration légale, légitimité politique et justification étatique

Suite à un dépouillement à la fois méthodique et méticuleux, il sied finalement de constater que les sources consultées parviennent unanimement à démontrer la légitimité du recours à la *dictatura* bien que les conclusions avancées empruntent divers arguments.

Tout d'abord, nombre d'auteurs mettent en exergue sa consécration légale explicite au sein de la *Lex curiata de imperio* et du *Digeste*.¹⁶

¹⁴ POLYBE, *Histoire*, Amsterdam (Compagnie de la Congrégation de Saint Maur) 1724, IV/III/XXII p. 171 *cum* WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 260 ; 261 *cum* D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/X p. 568 *cum* RAINER Michael, *Römisches Staatsrecht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2006, p. 81 *cum* KUNKEL Wolfgang, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München (Beck) 1995, p. 666 *cum* HULOT Henri, *Corps de Droit civil romain*, Aalen (Scientia) 1979, I/II/XIX p. 48.

¹⁵ DE MARTINO Francesco, *Storia della Costituzione romana*, Naples (Jovene) 1973, p. 271 *cum* KUNKEL Wolfgang, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München (Beck) 1995, p. 670-672 *cum* MACHIAVELLI Niccolò, *Le Prince*, Paris (Garnier) 1853, XXXIV p. 173 *cum* ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris (Dalibon) 1824, IV/VI p. 184 *cum* CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 225 *cum* MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 105 ; 106 *cum* MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Lausanne (Jaunin) 1953, p. 9 *cum* MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 183 *cum* WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 258 *cum* SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 50-52 *cum* D'HALICARNASSE Denys, *Les antiquités romaines*, Paris (Lottin) 1723, I/V/XIV/I p. 561 *cum* HULOT Henri, *Corps de Droit civil romain*, Aalen (Scientia) 1979, I/II/XVIII p. 48.

¹⁶ HULOT Henri, *Corps de Droit civil romain*, Aalen (Scientia) 1979, I/II/XVIII+XIX p. 48 *cum* MACHIAVELLI Niccolò, *Le Prince*, Paris (Garnier) 1853, XXXIV p. 172-174 *cum* MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 163 *cum* LABRUNA Luigi, « Adversus plebem dictator », in *Index*, XV, Naples (Jovene) 1987, p. 293 ; 294 *cum* AGAMBEN Giorgio, *Etat d'exception*, Paris (Seuil) 2003, p. 81 *cum* SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 49-51 ; 55-59.

Ensuite, certains romanistes fondent leur conception sur une perspective essentiellement politique en soulignant que la *dictatura* constitue, en tant que magistrature officielle, une institution républicaine à part entière.¹⁷

Finalement, invoquant une approche assurément plus pragmatique, d'autres encore la considèrent telle une mesure d'urgence dont la seule justification serait la sauvegarde de l'Etat et de l'ordre public.¹⁸

Il convient ainsi de conclure que la doctrine unanime s'entend à dire que « la dictature primitive n'implique ni dérogation, ni violation, ni suspension de la constitution romaine, son régime n'étant pas contradictoire avec l'ordre juridique ».¹⁹

E. Pérennité controversée

Bien que le dernier *dictator* républicain digne de ce nom abdique à la fin du III^{ème} siècle *ante Christum*²⁰ et malgré des contradictions doctrinales²¹ marquées sur la question, notre étude tend dès lors à faire le lien entre la *dictatura* de la République romaine et le droit de nécessité de la législation suisse en démontrant la pérennité patente de certains fondements et le mimétisme évident de plusieurs concepts.

¹⁷ LABRUNA Luigi, « Adversus plebem dictator », in *Index*, XV, Naples (Jovene) 1987, p. 291 cum CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 225 cum SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 59 contra GAUDEMET Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris (Montchrestien) 1982, p. 191.

¹⁸ MACHIAVELLI Niccolò, *Le Prince*, Paris (Garnier) 1853, XXXIV p. 174.

¹⁹ SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 59.

²⁰ CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 225 cum DE MARTINO Francesco, *Storia della Costituzione romana*, Naples (Jovene) 1973, p. 273 cum MANCUSO Gaetano, *Profilo pubblicistico del Diritto romano*, Catania (Torre) 2002, p. 106 cum WILLEMS Pierre, *Le Droit public romain*, Louvain / Paris (Peeters / Pedone-Lauriel) 1888, p. 261.

²¹ AGAMBEN Giorgio, *Etat d'exception*, Paris (Seuil) 2003, p. 82 cum CIZEK Eugen, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris (Fayard) 1991, p. 223 contra MOMMSEN Theodor, *Le Droit public romain*, Paris (Thorin) 1893, p. 187 cum SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris (Presses universitaires de France) 2001, p. 43 cum FAVRE John, *Le Droit de nécessité de l'Etat*, Thèse, Neuchâtel (Payot) 1937, p. 33.

III. De l'Etat de nécessité en droit suisse

A. Définition

La doctrine helvétique s'entend à définir l'état de nécessité tel le contexte extraordinaire, urgent et critique engendré par un conflit armé, une catastrophe naturelle ou une menace imminente, confrontant la Confédération à une situation de crise et submergeant le fonctionnement ordinaire et régulier des institutions étatiques, des mécanismes juridiques et des procédures législatives.²²

B. Droit extra-constitutionnel de nécessité

Malgré toute la prophylaxie juridique que commanderait l'éventualité de tels maux, il est admis que la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, tout comme ses prédécesseurs d'ailleurs, demeure pourtant muette quant à l'instauration explicite d'un droit de nécessité.²³

De ce silence est pourtant née une controverse doctrinale des plus criantes opposant nombre de constitutionnalistes. En effet, quelques-uns²⁴ d'entre eux, rassemblés sous l'étendard de la légalité, nient catégoriquement la présence d'un droit de nécessité non écrit. A l'inverse, les autres²⁵, renforcés par le

²² BELLANGER François, « Droit de nécessité et état d'exception », in *Droit constitutionnel suisse*, Zürich (Schulthess) 2001, p. 1262 ; 1268 cum AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELLIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 557 cum BÜHLER Jacques, *Le Droit d'exception de l'Etat*, Thèse, Genève (Droz) 1995, p. 1 ; 260 cum HOERNI Robert, *De l'état de nécessité en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Genève (Société générale d'imprimerie) 1917, p. 7 ; 12.

²³ AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELLIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 557 cum BELLANGER François, « Droit de nécessité et état d'exception », in *Droit constitutionnel suisse*, Zürich (Schulthess) 2001, p. 1269 cum BÜHLER Jacques, *Le Droit d'exception de l'Etat*, Thèse, Genève (Droz) 1995, p. 18 ; 19 cum BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich (Füssli) 2007, p. 817.

²⁴ GIACOMETTI Zaccaria, *Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft*, Zürich (Polygraphischer) 1945, p. 34 ss. cum JEZE Gaston, *L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs*, Paris (Giard / Brière) 1917, p. 118 cum GUHL Theo, *Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung : nach schweizerischen Staatsrecht*, Bâle (Helbing / Lichtenhahn) 1908, p. 93 cum AFFOLTER Albert, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Zürich (Füssli) 1904, p. 166 cum HIESTAND Paul, *Zur Lehre von den Rechtsquellen im schweizerischen Staatsrecht*, Thèse, Zürich (Lobhauer) 1891, p. 86.

²⁵ AUBERT Jean-François, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel (Ides et calendes) 1982, p. 171 cum FAVRE John, *Le Droit de nécessité de l'Etat*, Thèse, Neuchâtel (Payot) 1937, p. 34 ss. cum HOERNI Robert, *De l'état de nécessité en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Genève (Société générale d'imprimerie) 1917, p. 8 ; 18 ; 24 cum MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse,

soutien jurisprudentiel²⁶ du Tribunal fédéral, défendent l'existence d'un droit de nécessité qualifié d'extra-constitutionnel et dont la meilleure preuve ne serait autre que l'ordonnance de stricte nécessité²⁷ (art. 185 III Cst.) que le Conseil fédéral peut adopter en vertu des pouvoirs qui lui sont reconnus en la matière. Tout en adhérant au courant doctrinal majoritaire et conforté par l'instance suprême, notre réflexion porte dès lors pour l'essentiel sur cet instrument de dernier recours qu'est l'ordonnance de stricte nécessité.

C. Adoption des ordonnances de stricte nécessité et compétence du Conseil fédéral

Face à un tel degré d'incertitude, la doctrine estime judicieux d'énumérer précisément les conditions dans lesquelles peuvent être adoptées lesdites ordonnances. Ainsi, seule une urgence à la fois matérielle et temporelle menaçant des intérêts publics peut faire office d'élément déclencheur pour autant que le respect de la procédure législative ordinaire de l'Assemblée fédérale soit inconcevable et que les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement ne soient pas transgressés. A cela s'ajoute une validité limitée dans le temps.²⁸

Quant à la compétence du Conseil fédéral face à un état de nécessité, celle-ci découlerait là encore d'une attribution implicite²⁹ de la Constitution qui élargirait ainsi simplement les compétences spécifiques prévues à

Lausanne (Jaunin) 1953, p. 137 ss. *cum* BÜHLER Jacques, *Le Droit d'exception de l'Etat*, Thèse, Genève (Droz) 1995, p. 19 *cum* AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 557 ; 559 ; 560 *cum* BELLANGER François, « Droit de nécessité et état d'exception », in *Droit constitutionnel suisse*, Zürich (Schulthess) 2001, p. 1269.

²⁶ ATF 26 I 467 *cum* ATF 111 Ia 246.

²⁷ AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 557 ; 559 *cum* BELLANGER François, « Droit de nécessité et état d'exception », in *Droit constitutionnel suisse*, Zürich (Schulthess) 2001, p. 1269.

²⁸ BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich (Füssli) 2007, p. 819 *cum* AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich (Schulthess) 2003, p. 1404.

²⁹ HOERNI Robert, *De l'état de nécessité en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Genève (Société générale d'imprimerie) 1917, p. 15 ; 17 *cum* MANUEL André, *Les pleins pouvoirs en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Lausanne (Jaunin) 1953, p. 137 *cum* AUBERT Jean-François, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel (Ides et calendes) 1982, p. 171 *cum* AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 559.

l'art. 185 Cst. Il est toutefois considéré que la compétence de l'Exécutif demeure, quoique concurrente, subsidiaire³⁰ à celle du Parlement.

D. Faiblesses et dérives d'une codification lacunaire

A ce stade, force est de constater que le régime constitutionnel suisse consacrant, ou plutôt sensé consacrer, la problématique de l'état de nécessité est marqué par une opacité et une insécurité juridique flagrantes qui ne peuvent qu'éveiller les critiques envers le Législateur.

Ainsi, les remontrances réitérées par la doctrine unanime s'agissant d'un risque d'abus et de dérive doivent être confortées notamment lorsque celle-ci rappelle intelligemment les graves entorses infligées à l'Etat de droit par une prolongation arbitraire des arrêtés fédéraux du 3 août 1914 et du 30 août 1939 qui rendit notre Constitution boiteuse bien au-delà des armistices.³¹

IV. Conclusion

Il reste finalement, suite à leur présentation successive, à comparer l'antique solution romaine à l'actuel régime constitutionnel suisse.

S'agissant des différentes éventualités pouvant commander l'instauration de la *dictatura*, respectivement de l'état de nécessité, la similitude ne pourrait être plus flagrante, les deux ordres juridiques consacrant prioritairement des troubles menaçant l'intégrité même de l'Etat.

En ce qui concerne les organes désignés, bien que le *dictator* et le Conseil fédéral émanent tous deux du pouvoir exécutif, il sied de souligner que la solution romaine abandonne la collégialité consulaire au profit d'un magistrat unique alors que la formule fédérale opte pour le maintien du collège.

³⁰ AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich (Schulthess) 2003, p. 1402 ss. cum BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich (Füssli) 2007, p. 818 cum AUBERT Jean-François, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel (Ides et calendes) 1982, p. 171.

³¹ FAVRE John, *Le Droit de nécessité de l'Etat*, Thèse, Neuchâtel (Payot) 1937, p. 37 cum BELLANGER François, « Droit de nécessité et état d'exception », in *Droit constitutionnel suisse*, Zürich (Schulthess) 2001, p. 1269 ; 1270 cum AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 558 ; 559 cum HOERNI Robert, *De l'état de nécessité en Droit public fédéral suisse*, Thèse, Genève (Société générale d'imprimerie) 1917, p. 12 cum BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich (Füssli) 2007, p. 819.

Relativement aux pouvoirs extraordinaires, rappelons qu'outre le rôle subalterne du *magister equitum*, le *dictator* détient le *summum imperium* indépendamment de toute influence sénatoriale ou consulaire contrairement au Conseil fédéral dont l'intervention demeure subsidiaire à celle du Parlement.

Quant aux conditions encadrant l'exercice de ces pouvoirs, il convient de mettre en exergue la précision distinguant la procédure latine de son homologue helvétique en ce qui concerne notamment le délai absolu de 6 mois qui ne trouve aucunement son pendant au sein de la systématique constitutionnelle suisse demeurée plus évasive en la matière.

Enfin, pour ce qui en est de la légitimité des institutions qui ont retenu notre attention, toutes deux reposent sur une consécration légale, que celle-ci soit explicite s'agissant de la *dictatura* ou implicite quant à la reconnaissance de l'état de nécessité par l'ordre juridique suisse.

En guise de derniers mots, bien qu'elle ait assurément permis de relever subtilement quelques dissemblances de taille, cette entreprise audacieuse a néanmoins le mérite de démontrer que la codification de notre droit public, à l'instar de celle de notre droit privé, suit indubitablement l'antique trame romaine sous nombre d'aspects et ceci malgré quelques millénaires d'érosion.

*Yves Le Roy**
*François Pictet***

Un projet de réforme de la poursuite pour dettes sous Catherine II de Russie (1729-1796) : la lettre de François Pierre Pictet (1728-1798) du 27 juillet 1787 à Alexandre Romanovitch Vorontsov (1741-1805)

François Pierre Pictet est né à Genève le 1^{er} octobre 1728, fils d'Isaac, conseiller et secrétaire d'Etat et de Susanne Gallatin. Après avoir suivi au Collège les « auditoires » de lettres dès 1743, puis de philosophie dès 1745, il fit son droit à l'Académie et fut reçu docteur en droit avocat le 21 avril 1752. Le droit était alors enseigné par son parent Pierre Pictet, nommé en 1739, et Pierre Lullin, nommé en 1740. Le professeur le plus illustre de ce temps, Jean-Jacques Burlamachi, l'un des pères du droit naturel avec Grotius, Puffendorf et Emer de Vattel, avait, pour des raisons de santé, cessé d'enseigner en 1739 ; sans avoir été son étudiant, François Pierre Pictet a certainement subi son influence : ses idées se refléteront dans ses écrits. François Pierre Pictet ne s'engagea pas dans le cursus honorum des magistratures ou le service militaire étranger de règle dans sa famille, menant la vie à grandes guides, fréquentant Voltaire dont il joua les pièces de théâtre à Tournay et Ferney. Il quitta Genève en 1761 après avoir reçu de ses parents une avance d'hoirie de 34.000 livres pour payer ses dettes, rejoignit à Vienne le comte Alexandre R. Vorontsov, alors chargé d'affaires de Russie qu'il avait connu à Genève. Il le suivit à St-Pétersbourg d'où il correspondit avec Voltaire, lui relatant entre autres la révolution qui porta en juillet 1762 Catherine II sur le trône. Bien en cour, c'est à travers lui que l'impératrice et Voltaire entamèrent leur correspondance. Proche de Grégoire Orlov, il joua un rôle important dans l'organisation des colonies de peuplement, dont il créa et dirigea, avec son associé, vingt-cinq dans la région de Saratov. Compromis dans une affaire de contrebande, il parvint à quitter la Russie en 1776, vécut à Paris, puis à Londres, où il écrivit, en 1792, un pamphlet (« Lettre à un seigneur étranger sur la position actuelle de la France », récemment réimprimé) contre la révolution française. Cet écrit, traduit en anglais, attira l'attention de Pitt qui l'envoya en 1793 à Berne, agent plus ou moins secret, pour surveiller et contrecarrer les menées de l'ambassade de France. Il est mort à Genève le 3 août 1798. Ce personnage haut en couleurs, qui a vécu ses

* Professeur à la Faculté de droit de Fribourg (Suisse)

** Ancien Ambassadeur de Suisse

dernières années dans le dénuement, commence à être découvert grâce à l'ouverture des archives russes et à des publications sur l'histoire des colonies de peuplement. Adeptes du droit naturel et des théories d'Adam Smith, il a cherché à faire connaître les Lumières en Russie.

La lettre ci-dessous, qui n'a pas de titre, est l'une des quatre qu'il a adressées de Londres à A.R. Vorontsov, futur chancelier de l'empire qui présidait à cette époque, après avoir été ministre à Londres et à la Haye, le collègue (ministère) du Commerce ; son frère était alors ministre de Russie en Angleterre. Elle a été publiée, avec les autres écrits de Pictet, par Pietr Bartenev dans le volume 29 des Archives Vorontsov (Moscou 1863). La transcription en respecte l'orthographe, partiellement modernisée.

L'ordonnance, ou oukaze, créant l'établissement national de crédit dont il s'agit avait été promulguée le 28 juin 1786 ; Pictet a donc médité un an avant d'écrire sa lettre qui cherche, au-delà de considérations juridiques, économiques et sociales, à rattacher la législation sur la poursuite pour dettes et la faillite à la politique économique préconisée par Smith d'augmenter la masse des capitaux et de faciliter leur circulation, ainsi qu'à la liberté du commerce international. La « législation civile » contribuant, selon lui, davantage au bonheur de la société que la « loi politique », ou constitution, il juge possible l'adoption d'une loi libérale dans un Etat autocratique.

On trouvera sur le site internet www.archivesfamillepictet.ch rubrique publications, la vie et les écrits de ce Genevois « aventurier des Lumières ».

Mr votre frère ayant bien voulu me communiquer l'ordonnance par laquelle S.M.I¹. établit une nouvelle banque² pour prêter tant à la noblesse

¹ Sur le règne de Catherine II en général : CARRÈRE D'ENCAUSSE (Hélène), *Catherine II*, Paris, Fayard, 2006, 656 p. ; MILIOUKOV (Paul), SEIGNOBOS (Charles), EISENMANN (Louis), *Histoire de Russie*, t. II, *Les successeurs de Pierre le Grand. De l'autocratie appuyée sur la noblesse à l'autocratie bureaucratique*, Paris, Ernest Leroux, 1932, 396 p. (435-830).

² Dans cette lettre, Pictet présente au comte Vorontsov les mesures concrètes en matière de poursuite pour dettes qu'il pense les mieux adaptées aux besoins de la Russie. Selon lui, elles contribueraient efficacement à la politique financière amorcée par la création d'établissements de crédit, dont le plus important était la *Banque de prêt de l'État* à laquelle il fait allusion. Ce qui fait la valeur et l'originalité de la lettre est le choix et l'assemblage des solutions en un projet cohérent et réaliste. Dans le monde des affaires, le traitement de nombreuses questions reçoit des solutions différentes d'un lieu à un autre ou suivant les époques et le choix de la meilleure option reste ouvert. Pictet opte pour des pratiques qui ont fait leurs preuves ou qui conviendraient au vu d'expériences comparables. En procédant ainsi, il donne son avis sur des controverses. Tout en choisissant les procédures les moins inhumaines possibles en faveur des débiteurs malheureux, Pictet durcit le droit du recouvrement des créances pour éviter les fraudes de toutes sortes auxquelles débiteurs et créanciers pouvaient se

qu'aux négociants³ de son vaste empire, permettez que je vous fasse mon compliment tant de la chose elle-même que de la part que vous y avez eue. Comme citoyen, vous devez être infiniment satisfait de voir se former un établissement, qui donnera une vie toute nouvelle et une activité prodigieuse à un commerce qui déjà depuis quinze ans avait fait les progrès les plus rapides et les plus étonnants⁴ ; comme homme vous ne pouvez qu'être flatté d'avoir

livrer à l'abri des failles du droit. Pictet et Vorontsov étaient rompus à la pratique des affaires. Aussi, la lettre mentionne ou tranche une quantité de difficultés alors débattues. Elle appelle au dialogue. Par exemple, la phrase qui précède l'appel de la n. 22 le montre bien : « Je vais entrer dans quelques détails sur les principes d'après lesquels j'estime que toute cette matière doit être déterminée ; si Votre Excellence les trouve justes, ils serviront mieux que tout ce que je pourrais dire, à vous faire sentir, en quoi, selon moi, se sont trompées, je ne dis pas seulement la législation de Russie, mais toutes les législations d'Europe ». Hormis les formules de politesse, de mise en égard au rang du destinataire et aux manières du XVIII^e siècle, chaque phrase, voire chaque mot interpelle. Un examen complet de la lettre sortirait largement du cadre de cette contribution et reviendrait à réécrire l'histoire du droit commercial de la fin du XVIII^e siècle.

³ Dans ce commentaire, on emploie les mots *commerçant* ou *négociant* pour désigner toutes les personnes concernées par le projet de Pictet. C'est dire si on leur donne un sens large, car Pictet vise à la fois des agriculteurs, des négociants et des industriels. En effet, en Russie, les plus gros producteurs agricoles et les industriels étaient aussi négociants et nobles. En Europe, le XVIII^e siècle fut celui d'une révolution économique. Les capitaux augmentèrent et se concentrèrent. En même temps, les moyens de paiement se perfectionnèrent et se répandirent largement. Ils étaient des instruments nécessaires au développement économique. Des banques offraient des crédits et les facilités de multiples opérations. Genève était une importante place financière et ses banquiers compétents et habiles. Pictet n'y fait pas la moindre allusion. Ce n'était pas l'objet de sa lettre : la *Banque de prêt de l'État* venait d'être créée. Il s'agissait de régler son fonctionnement au mieux, compte tenu de la situation russe. C'était un établissement apte à peser sur l'économie. Son capital dépassait la trentaine de millions, alors que les ressources de l'État tournaient autour de soixante-dix millions à la mort de Catherine II (1796), pour une dette s'élevant à deux cent quatre-vingt millions (GILLE (Bertrand), *Histoire économique et sociale de la Russie du Moyen âge au XX^e siècle*, Paris, Payot, 1949, p. 114 236). Elle avait absorbé la *Banque de la noblesse* créée en 1754. Elle avait aussi recueilli les avoirs de la *Banque commerciale* intégrée à la *Banque de la noblesse* en 1782. La Russie avait un énorme besoin de crédit pour développer son économie. Trente-cinq millions de roubles avaient été frappés entre 1715 et 1750, mais à l'avènement de Catherine II, il en restait trois en circulation : les Russes enterraient l'argent (GILLE, p. 111). Les guerres coûtaient très cher. La situation financière devint difficile entre 1780 et 1796. L'État fit face en recourant à la monnaie de papier à partir de 1780 et aux emprunts à l'étranger. En 1794, le service de la dette représentait 4,5% du budget de l'État. Le résultat final est critiqué : « Le règne de Catherine s'est achevé presque par une banqueroute économique et morale » (KLIOUTCHEVSKI, cité par CARRÈRE D'ENCAUSSE, p. 608).

⁴ Il faut avoir présent à l'esprit que l'agriculture, le commerce et l'industrie russes ont beaucoup progressé sous le règne de Catherine II. Les voies de communication ont été

contribué à un ouvrage, qui assure à celui qui l'a imaginé, aux personnes qui l'ont discuté et approuvé, au règne sous lequel il a paru, l'estime, la reconnaissance et les bénédictions de la postérité la plus reculée.

Vous rappelez-vous, Monsieur le comte, certaine lettre de Mr de Voltaire, où il me disait avec un étonnement mêlé d'admiration : *toutes les grandes choses et les grands exemples nous viennent du Nord*. Et vous, et moi, et peut-être tous les gens sensés qui la lûrent, regardèrent cette expression comme la production de l'imagination échauffée d'un poète enthousiaste qui prêtait à la plaisanterie et au sarcasme. Eh bien, Monsieur le comte, je commence à soupçonner que peut-être le poète enthousiaste voyait-il mieux que les froids calculateurs ; et pouvu qu'on me permît de ne pas donner à cette idée toute l'étendue que vraisemblablement y attachait Mr de Voltaire, je croirais pouvoir soutenir, que du moins relativement à la politique intérieure, c'est-à-dire à la science, qui ayant la plus grande influence sur le bonheur général, est sans aucune espèce de comparaison la plus noble, la plus intéressante et la plus importante de toutes, les Russes sont ou plutôt deviendront nos maîtres ; que c'est parmi eux que s'est faite la première application à la pratique des principes lumineux de théorie que le génie de Smith lui a fait découvrir et présenter au public⁵ ; et que s'ils continuent à

développées. La noblesse joua un rôle moteur. Un ouvrage classique sur l'histoire économique de la Russie : le livre précité de GILLE (Bertrand), *Histoire économique et sociale de la Russie du Moyen âge au XX^e siècle*, Paris, Payot, 1949, 236 p. (Bibliothèque historique).

Si le régime politique est autocratique et appuyé sur la noblesse, les cadres de l'économie sont en partie libéralisés conformément aux idées diffusées par Adam Smith. Les monopoles commerciaux sont supprimés. L'industrie d'État est largement privatisée. Les tarifs douaniers sont réduits. Toutefois, en dépit de ces pas libéraux, l'économie reste largement mercantiliste et le progrès économique profite avant tout à la noblesse. Un oukase du 31 juillet 1762 avait permis à tous les sujets libres (nobles, marchands, paysans) de créer une entreprise. Dans les *Considérations sur les manufactures*, Catherine II annonce la disparition du Collège des manufactures. Il est supprimé en 1779. Un oukase de 1782 accorda la propriété des richesses du sous-sol à tous les propriétaires, mais ceux qui n'étaient pas nobles étaient contraints de vendre leurs terres. La propriété foncière comme appui du pouvoir est une idée physiocratique paradoxalement reprise par Adam Smith : « Quand la nation délibère sur quelque règlement de commerce ou d'administration, les propriétaires des terres ne la pourront jamais égarer, même en n'écoutant que la voix de l'intérêt particulier de leur classe, au moins si on leur suppose les plus simples connaissances sur ce qui constitue cet intérêt » (*La richesse des nations* = RDN, I, Conclusion, éd. TREMBLAY, I, p. 223. V. réf. complète sous la n. 5).

⁵ Pictet rattache quelques-unes de ses propositions aux idées présentées par Smith, mais il a une trop grande expérience du monde des affaires, et il connaît trop bien la Russie pour savoir que les causes du succès économique anglais ou des autres pays de l'ouest de l'Europe, ne peuvent pas y être simplement importées ou transposées. Il ne cherche pas à entraîner la Russie dans un développement à l'anglaise ou à la néerlandaise. Au

suivre la même route, ce que tout porte à croire, parce qu'enfin ils sont entrés les derniers dans la carrière, s'ils ont un moins grand amas de connaissances, ils ont aussi moins de préjugés à combattre et d'erreurs à déraciner⁶ : ce sera

reste, il n'existait pas en Russie une volonté politique en ce sens. Catherine II et ses ministres n'auraient pu l'emporter sur la haute noblesse puissante et très conservatrice qui dominait l'économie. Au contraire, le souci principal de la tsarine était de se maintenir sur le trône en s'appuyant sur les forces dominantes, donc essentiellement la noblesse, ne serait-ce que pour durer, dans un pays où le trône n'était « ni héréditaire, ni électif, mais occupatif » (phrase d'un diplomate citée par SAGNAC (Philippe), *La fin de l'Ancien Régime et la Révolution américaine (1763-1789)*, Paris, PUF, 1941, p. 233, (Peuples et civilisations, XII). On parle aussi du gouvernement de « Sa Majesté le Hasard ». La politique de Catherine II fut empirique et réaliste, bien loin des convictions libérales qu'elle exposait. Il semble que Pictet mentionne Smith pour les motifs suivants : d'une part, il rend hommage au génie de la propagande libérale de Catherine II qui avait lu Smith, et en avait inséré des thèses dans son programme économique, à savoir les *Considérations sur les manufactures* (1767) et les *Remarques* qui les complètent, d'autre part, il pense valoriser ses propres propositions en les rattachant aux idées alors à la mode, même si leur force vient de ce qu'elles sont issues de pratiques éprouvées depuis bien longtemps.

Bibliographie. SMITH (Adam), *An Inquiry Into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations* (1776), traduit en français sous le titre *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, abrégé en *La richesse des nations*. On a utilisé la version électronique en cinq volumes réalisée en 2002 par TREMBLAY (Jean-Marie) de la trad. française faite par GARNIER (Germain) en 1881 à partir de l'éd. revue par BLANQUI (Adolphe) en 1843 (= RDN). Cette version est disponible sur plusieurs sites dont « http://classiques.uqac.ca/classiques/Smith_adam/smith_adam.html. » Sur la pensée de Adam Smith : DENIS (Henri), *Histoire de la pensée économique*, Paris, PUF, 1966, p. 173-206. Les article « Adam Smith » (http://fr.wikipedia.org/wiki/Adam_Smith) et « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations » (http://fr.wikipedia.org/wiki/Recherches_sur_la_nature_et_les_causes_de_la_richesse_des_nations) de l'encyclopédie numérique Wikipédia sont des introductions commodes.

⁶ Au XVIII^e siècle, les « préjugés » sont des règles de droit, généralement coutumières, qui ont perdu toute rationalité ou n'en ont jamais eue, selon les vues des philosophes des Lumières, et qui pérennisent l'Ancien Régime au détriment du progrès selon leur conception. Catherine II a agrandi le territoire de la Russie et en a fait une puissance avec laquelle les grands pays occidentaux doivent compter. L'économie a fait des progrès considérables (v. n. 3). Le retard social reste énorme et a même été aggravé. L'*Ordonnance sur les gouvernements* de 1775 a indirectement renforcé la position de la noblesse. Elle développe l'administration, ce qui nécessite un grand nombre d'administrateurs et de juges. Or, seuls les nobles ont la formation les rendant capables d'occuper ces postes. En même temps, ils cherchent à les obtenir là où ils ont leurs terres ou leurs entreprises parce qu'ils leur permettent de soigner leurs intérêts économiques. Les commerçants des villes perdent le droit de concurrencer les nobles dans l'industrie. L'*Ordonnance sur la noblesse* de 1785 renforce leur position. De plus, Potemkine a décuplé les dépenses de la cour, c'est-à-dire des dépenses que Adam Smith dénonce comme improductives : « les grandes nations ne s'appauvrissent jamais par la prodigalité et la mauvaise conduite des particuliers, mais quelquefois

eux, leur exemple, et les heureux effets qui en résulteront, qui forceront ces nations, qui se disent éclairées, tandis qu'elles ne sont que vaines et orgueilleuses, à se défaire de leurs préjugés, à ouvrir les yeux sur leurs erreurs et à rendre hommage à la raison et à la vérité. Heureux temps, Monsieur le comte, que ni vous ni moi ne verrons, parce que la marche des évènements est toujours infiniment lente et peut être retardée par mille accidents qu'il est impossible de prévoir, mais qui nécessairement arrivera tôt ou tard, sur l'idée duquel l'imagination de l'homme sensible se repose avec satisfaction et dont tous les hommes honnêtes et instruits doivent contribuer de tout leur pouvoir à accélérer le moment.

Mais, sans nous arrêter sur un objet, sur lequel je prévois déjà une foule d'objections, qui quoique possibles à résoudre, m'entraîneraient cependant dans des discussions qui ne sont point faites pour une lettre, permettez-moi, Monsieur le comte, de vous faire observer, que comme relativement aux particuliers, ce sont toujours leurs talents, leurs connaissances, leurs qualités morales et physiques qui forment la mesure de ce qu'on en exige ; de même aussi on attend d'un gouvernement, qui s'est annoncé pour avoir des vues grandes et profondes et pour connaître distinctement ce en quoi ses soins peuvent contribuer à la prospérité des peuples⁷, qu'il suivra dans toute son

bien par celles de leur gouvernement. Dans la plupart des pays, la totalité ou la presque totalité du revenu public est employée à entretenir des gens non productifs. Tels sont les gens qui composent une cour nombreuse et brillante, un grand établissement ecclésiastique, de grandes flottes et de grandes armées qui ne produisent rien en temps de paix, et qui, en temps de guerre, ne gagnent rien qui puisse compenser la dépense que coûte leur entretien, même pendant la durée de la guerre. Les gens de cette espèce, ne produisant rien par eux-mêmes, sont tous entretenus par le produit du travail d'autrui » (RDN, II, éd. TREMBLAY, II, 60-61). Les codes de lois civiles et criminelles resteront des rêves. Tout comme Catherine II, Pictet sait que la domination de la vie économique par la noblesse est incontournable. La tsarine a acquis le bon vouloir des nobles en sacrifiant les paysans. L'idée d'une charte sur les paysans libres a été abandonnée et la condition des serfs a été aggravée. Le servage a même été étendu à l'Ukraine qui l'ignorait. Catherine II a favorisé les colonies de peuplement d'origine étrangère, notamment allemande, parce que la noblesse ne voulait pas réduire son capital humain en affranchissant des serfs. Ceux-ci constituent les deux tiers de la population paysanne. Leurs révoltes sont endémiques et laborieusement brisées. Naturellement, cette situation est contraire aux conditions de la réussite économique exposées par Adam Smith : « assurément, on ne doit pas regarder comme heureuse et prospère une société dont les membres les plus nombreux sont réduits à la pauvreté et à la misère » (RDN, I, 8, éd. TREMBLAY, I, p. 71).

⁷ Pictet fait allusion aux textes dans lesquels l'impératrice reprend les grands noms des Lumières (Diderot, d'Alembert, Le Mercier de la Rivière, Rousseau, Grimm, Voltaire, Blackstone) pour couvrir de leur autorité un régime autocratique appuyé sur la noblesse, qui n'a rien à voir avec leurs thèses, et obtenir leurs louanges. Il en est ainsi de sa longue *Instruction* soumise, après avoir été abrégée par ses conseillers, à la

étendue la carrière qu'il s'est ouverte et que, ne regardant chaque institution particulière que comme les différents degrés d'une rampe au haut de laquelle il cherche à parvenir, il ne s'arrêtera, qu'autant que sa prudence et sa sagesse lui feront voir que ses nouvelles vues demandent, pour être mises à exécution, plus de maturité et de nouvelles lumières dans ceux sur qui on doit opérer. Je pense donc, Monsieur le comte, que cette nouvelle ordonnance est un grand et solennel engagement que S.M.I. et ses ministres ont pris avec le public et avec les peuples ; qu'ayant démontré par cette ordonnance qu'ils ont une idée claire et distincte de la nature et des causes de la richesse des nations⁸, ils sont tenus d'achever, de donner au principe qu'ils ont en vue, toute l'étendue dont il est susceptible ; et quoique personne peut-être ne sente plus vivement que moi, combien il est sage de ne pas attaquer trop tôt certains abus, qui aux yeux de l'observateur superficiel peuvent paraître barbares et révoltans⁹, j'ose cependant croire, qu'il en est auxquels il est temps de remédier et que cette ordonnance en a fourni le moyen.

Permettez-moi, Monsieur le comte, d'entrer avec vous là-dessus dans quelques détails. Vous aimez les discussions de cette nature, et quoiqu'il soit très vraisemblable que mes idées se seront déjà présentées à votre méditation, je sais que vous ne serez pas fâché que votre façon de voir ne vous soit pas particulière. Quant à moi, j'aurais une confiance toute nouvelle dans mes principes et dans l'application que j'en puis faire, s'ils se trouvaient être ceux de Votre Excellence.

Ce n'est pas avec vous, Monsieur le comte, qui êtes un des rédacteurs de l'ordonnance, que je dois entrer dans la discussion des vues qu'on a pu avoir en la rédigeant. Ces vues sont trop palpables pour n'être pas aperçues, et je ne crains pas d'être contredit en affirmant, qu'un des objets essentiels qu'on s'est proposé, est de mettre les citoyens dans la nécessité et dans le cas de remplir avec plus d'exactitude leurs engagements réciproques¹⁰.

Grande commission (1767) réunissant 564 députés de toutes les classes, sauf les serfs, et venue avec 1.431 cahiers de vœux ou de doléances.

Bibliographie. LÉONTOVITCH (Victor), *Histoire du libéralisme en Russie*, préface de SOLJÉNITSYNE (Alexandre), Paris, Fayard, 1986, 480 p. Ce livre est la traduction de l'ouvrage publié en allemand sous le titre *Geschichte des Liberalismus in Russland*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2^e éd. 1974 (1^{ère} éd. 1957).

⁸ Pictet rappelle que Catherine II et ses ministres ont lu Adam Smith et cherché à mettre en œuvre certaines de ses solutions. Il serait intéressant d'avoir l'avis d'un spécialiste de la Russie du XVIII^e siècle pour apprécier dans quelle mesure les propositions de Pictet s'inscrivent dans leurs conceptions.

⁹ Pictet précise de nouveau qu'il n'est pas question de bouleverser la société russe. On n'affranchira pas les serfs et on ne touchera pas aux privilèges de la noblesse (v. n. 6).

¹⁰ Le respect des engagements concerne bien sûr la qualité des marchandises et leur livraison en temps et lieux convenus, mais également le paiement des lettres et des billets de change à leur échéance. Pictet s'intéresse au second aspect. Il traite essentiellement du problème du défaut de paiement à l'échéance et de la manière de

Avec tout autre que vous, je croirais devoir insister sur l'importance de cet objet, et rappelant les principes lumineux du Dr Smith, je ferais voir que la richesse d'un pays quelconque est toujours et nécessairement en raison du nombre et de l'étendue des capitaux employés à alimenter l'industrie ; que le nombre des habitants n'y peut augmenter, que leur travail ne peut les faire jouir de cette portion d'aisance qui seule peut rendre la vie supportable, qu'autant que les capitaux déjà existans tendent continuellement à augmenter et s'accroissent effectivement d'année en année¹¹ ; que rien au monde ne peut contribuer plus efficacement à cette augmentation de capitaux si désirable, qu'une législation qui trouverait le moyen de forcer les débiteurs à

régler une faillite suivant ses circonstances. En effet, une condition fondamentale du développement économique est le perfectionnement et l'extension des moyens de paiement. La question occupe une grande place dans *Le Parfait négociant* et la pratique. Au XVIII^e siècle, les transports et manipulations d'espèces sont nombreux et importants, mais ils coûtent chers et les risques de vols sont grands. Aussi, les responsables de l'économie s'efforcent de les réduire le plus possible par le crédit et le paiement documentaires ainsi que les règlements par compensation. La lettre de change est au cœur du système. Perfectionnée au cours du siècle, elle permet de multiples opérations. Son développement exige une fiabilité au-dessus de tout soupçon. Sur la lettre de change : LÉVY-BRUHL (Henri), *Histoire de la lettre de change aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Sirey, 1933, 428 p., (Bibliothèque d'histoire du droit). Pictet a aussi l'idée qu'un système efficace de recouvrement obligera les débiteurs à payer leurs dettes et que les producteurs récupéreront ainsi des capitaux qu'ils pourront investir utilement (v. n. 18). V. aussi les remarques de Édouard RICHARD dans son édition du *Parfait négociant*, t. I, p. 81-101 (réf. complète sous n. 12).

¹¹ Pictet rappelle ici la thèse exposée par Adam Smith selon laquelle l'accumulation du capital permet de développer l'économie d'un pays en augmentant la productivité et le nombre des travailleurs : « De même que le travail ne peut acquérir cette grande extension de puissance productive sans une accumulation préalable de capitaux, de même l'accumulation des capitaux amène naturellement cette extension. La personne qui emploie son capital à faire travailler cherche nécessairement à l'employer de manière à ce qu'il produise la plus grande quantité possible d'ouvrage ; elle tâche donc à la fois d'établir entre ses ouvriers la distribution de travaux la plus convenable, et de leur fournir des meilleures machines qu'elle puisse imaginer ou qu'elle soit à même de se procurer. Ses moyens pour réussir dans ces deux objets sont proportionnés, en général, à l'étendue de son capital ou au nombre de gens que ce capital peut tenir occupés. Ainsi, non seulement la quantité d'industrie augmente dans un pays en raison de l'accroissement du capital qui la met en activité, mais encore, par une suite de cet accroissement, la même quantité d'industrie produit une beaucoup plus grande quantité d'ouvrage » (SMITH, *De la richesse des nations*, liv. II, chap. II, éd. TREMBLAY, vol. II, p. 10). Des économistes reprochent à Smith de ne pas avoir vu que cette thèse suppose des débouchés. En réalité, Smith a fort bien vu la question. Son exposé de l'autorégulation de la production le montre clairement (v. n. 79). Surtout, à son époque, dans le cadre d'une industrie en continue croissance, le problème des débouchés ne se posait pas : souvent la demande était supérieure à l'offre.

s'acquitter ponctuellement¹²; que c'est là, sans aucune espèce de

¹² Pictet écrit à un moment où la Russie pratique une politique étrangère tournée vers la France et où en France, le monde du commerce discutait de la révision de l'*Ordonnance du commerce* de mars 1673, également surnommée *Code marchand* ou plus souvent *Code Savary*, du nom de son principal auteur. En 1778, les demandes de révision de l'ordonnance de 1673 se multipliant, le Garde des sceaux, Hue de Miromesnil, mit en place une commission de six membres, trois intendants du commerce (Jacques-Marie-Jérôme Michau de Montaran, Jean-Jacques-Maurille Michau de Montaran, fils du précédent, Jean-François de Tolozan) et trois députés du commerce (Rostagny, Marion et Deschamps). La commission élaborait un projet parfois surnommé *Projet Montaran*, parce que Montaran Père présidait, mais usuellement *Projet Miromesnil*. Ce projet fut achevé en 1782. Il n'aboutit pas en raison de l'hostilité des juridictions ordinaires, notamment le Parlement de Paris auquel le projet avait été soumis pour examen, parce qu'il réduisait leurs compétences et leurs revenus, mais aussi pour des raisons de fond : les critiques reprochaient aux juges consuls leur ignorance du droit, la non application des sanctions pénales aux faillis et une trop grande indulgence envers eux, notamment pour faciliter leur rétablissement (v. n. 61). Une partie des critiques adressées alors aux juridictions consulaires alimente encore aujourd'hui des controverses. Le *Projet Miromesnil* fut utilisé lors de l'élaboration du *Projet de Code de commerce présenté par la commission nommée par le Gouvernement, le 13 germinal an IX*, connu sous le nom de *Projet Gorneau*, son principal auteur (Paris, Imprimerie de la République, frimaire an X (novembre-décembre 1801). Philippe-Joseph Gorneau (1733-1810) fit une longue carrière de praticien, doublée d'une activité politique : sous l'Ancien Régime, il fut *procureur au Parlement de Paris* et *procureur aux consuls*, c'est-à-dire *agréé* ou *juge*, de la juridiction consulaire de Paris. Sous la Révolution, il devint juge au tribunal d'appel de Paris. Il fut également membre de l'Assemblée Nationale et du Conseil des Anciens. Gorneau avait été consulté par les commissaires du *Projet Miromesnil* (LÉVY-BRUHL, *Un projet de code de commerce...*, p. 28-30). On trouve dans la lettre de Pictet des éléments qu'on retrouve dans le *Projet Miromesnil* et dans le *Projet Gorneau*, mais aussi dans la *Révision du projet de code de commerce précédé de l'analyse raisonnée des observations du Tribunal de cassation, des tribunaux d'appel et des tribunaux et conseils de commerce*, par les citoyens GORNEAU, LEGRAS et VITAL ROUX, membres de la Commission du Code de commerce, Paris, Imprimerie de la République, an XI = 1803 v. st., 213 p. Il est également intéressant de comparer la lettre de Pictet avec les rapports de Crétet et de Ségur sur le projet qui allait aboutir au *Code de commerce* de 1807 (LOCRÉ (Jean-Guillaume), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, t. XVII-XX, Paris, Treuttel et Wurz, 1827-1832). On donnera des références précises au fil du commentaire. La question de la coïncidence entre ces textes est ouverte. Les faiblesses de l'ordonnance de mars 1673, la diversité des pratiques, les abus nés des procédures inadéquates de faillite et le *Projet Miromesnil* avaient suscité un important mouvement doctrinal dans la seconde moitié du XVIII^e siècle et à la veille de la Révolution. On peut penser que Pictet a connu ces sources dont certaines ont été perdues de vue. Lévy-Bruhl signale que Merlin cite des dispositions du *Projet Miromesnil* et d'un autre texte qui en est peut-être une version remaniée avec le concours du Parlement de Paris. Il souligne aussi que le *Projet Gorneau* a été très rapidement élaboré, ce qui permet de

conjecturer que la commission avait pu s'appuyer sur des travaux antérieurs (*Un projet de code de commerce...*, p. 26-30).

Sources législatives. Sur le *Code Savary*. Texte d'une lecture peu satisfaisante dans : ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIX, p. 92-107 ; édition partielle, mais excellente, de l'ordonnance : VANDENBOSSCHE (André), *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial. Un commentaire manuscrit de l'ordonnance de mars 1673*, Paris, Éditions Cujas, 1976, 126 p. Vandebossche, qui fut fin praticien du droit commercial avant de devenir professeur d'histoire du droit, a judicieusement annoté le commentaire qui donne de précieux renseignements sur la pratique commerciale et explique des faiblesses de l'ordonnance de mars 1673. A la fin du XVIII^e siècle, le droit commercial reste dominé par des règles d'origine italienne adoptées notamment par la place de Lyon (ici, on laisse de côté la situation de l'Espagne et celle de l'Allemagne). Le droit des foires de Lyon est construit sur le modèle des statuts d'Italie du Nord. Une importante colonie de marchands italiens résidait à Lyon. Les négociants lyonnais élaborèrent le *Règlement de la place des changes* du 2 juin 1667 qui fut homologué par arrêt du Conseil le 7 juillet 1667. Ce texte fut largement repris par l'ordonnance française de mars 1673 qui fut souvent interprétée à la lumière du droit lyonnais. L'ordonnance de 1673 resta la base du droit commercial jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. La pratique le combinait avec de nombreux usages et de la jurisprudence, parfois consacrée ou éclaircie par la législation royale, mais elle était le pivot de toutes les discussions. En France, les places de référence étaient Lyon et Paris.

Pictet ne dit rien de la législation genevoise sur la faillite, parce qu'elle ne s'inscrit pas directement dans le cadre de sa pensée. Elle comprenait principalement le *Règlement sur le commerce*, du 6 septembre 1698 dans : RIVOIRE (Émile) et VAN BERCHEM (Victor), *Les sources du droit du canton de Genève*, Arau, H. R. Sauerländer, t. IV (1935), p. 649-654, n° 2883 (Les Sources du Droit suisse. Recueil publié sous les auspices de la Société suisse des juristes avec l'appui de la Confédération et des Cantons). Également : http://www.ssrq-sds-fds.ch/online/GE_4/index.html#p_649). Les lettres de change sont traitées aux art. 17 à 33 et les faillites aux art. 34 à 45. Le *Règlement sur le commerce* a été révisé et inséré dans la *Collection des édits civils revus en 1713, auxquels il n'a pas été dérogé par l'Edit de Pacification*, fait en exécution de l'art. VIII du Titre XVII de l'*Edit de Pacification*, Genève, Jean-Léonard Pellet, 1783, VIII-160 p. Les lettres de change font l'objet du Titre XVI, *Des lettres de change* (p. 76 et suiv.). Les faillites sont traitées au Titre XXXIV, *Des faillites & peines contre ceux qui fraudent leurs créanciers* (p. 150 et suiv.). Ces textes mériteraient d'être étudiés pour eux-mêmes. Des dispositions précisent des points controversés en pratique, par exemple la qualification de banqueroute frauduleuse dans certaines hypothèses.

Sources doctrinales. Tout au long du XVIII^e siècle, la source de base du droit commercial est l'ouvrage du négociant Jacques SAVARY, *Le parfait négociant* dont la première édition est de 1675. Il fait le commentaire de l'ordonnance française de mars 1673 dont Savary fut largement l'auteur, d'où le surnom de « Code Savary » donné à cet ouvrage. Savary inséra dans son commentaire des éléments de la pratique tels que des usages, des parères et de la jurisprudence. L'ouvrage connut un immense succès national et international : *Le parfait négociant* accorde une grande place aux échanges internationaux. En 1688, Savary le compléta en publiant un recueil intitulé *Parères*, ce titre soulignant son orientation essentiellement pratique. Au fil des éditions, *Le Parfait*

comparaison, la partie la plus importante et la plus essentielle de toute

négociant fut mis à jour et augmenté par divers auteurs dont deux des fils de Savary, Jacques SAVARY DES BRUSLONS (1657–1716) et Philémon-Louis SAVARY. Tous deux publièrent également un important *Dictionnaire universel de commerce: d'histoire naturelle, & des arts & métiers*, Paris, 1723-1730. Le *Parfait négociant* fut traduit en anglais, allemand, danois, italien, néerlandais et russe. Le juriste anglais POSTLETHWAYT (Malachy, 1707?-1767) le traduisit en le modifiant pour l'adapter aux particularités du droit commercial anglais l'édition de SAVARY DES BRUSLONS sous le titre *The Universal Dictionary of Trade and Commerce* (1757). Cette édition anglaise fut complétée par CHITTY (Joseph, 1775-1841). La dernière édition du *Parfait négociant* est celle de RICHARD (Édouard), Genève, Droz, 2011, 2 t., p. 1-1170 et 1171-2422 (Travaux du Grand Siècle, n° XXXVIII). On doit aussi citer des ouvrages publiés sous l'Ancien régime, qui critiquèrent parfois vivement les positions de Savary et les défauts de l'ordonnance de mars 1673 : BORNIER (Philippe), *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce*, Paris, 1767 (1^{ère} éd. 1681) ; BOUTARIC (François de...), *Explication de l'ordonnance concernant le commerce des négocians en gros et en détail, du mois de mars 1673*, Toulouse, 1743 ; JOUSSE (Daniel), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, Paris, 1761 (1^{ère} éd. 1755) ; SALLÉ (Jacques-Antoine), *L'esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, 1758 ; GUYOT (Joseph-Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1775-1781, auquel il faut joindre le *Supplément* (1786). Le projet Miromesnil a été étudié notamment par : BLUM (Edgar), « Le projet de révision attribué à Miromesnil de l'Ordonnance de mars 1673 sur le commerce », dans : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, p. 511-547 ; t. XXXVII (1913), p. 511-547 ; LÉVY-BRUHL (Henri), *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le Projet Miromesnil (1778-1789)*, Paris, Imprimerie Nationale, Ernest Leroux, 1932, 336 p. (Collection de documents inédits sur l'histoire économique de la Révolution française, n° 4) ; LÉVY-BRUHL, *un projet de code de commerce...*, p. 27 et suiv. Le *Projet Miromesnil* s'écarte nettement de l'ordonnance de 1673, notamment en matière de faillite et de banqueroute.

Bibliographie. On donne ici seulement quelques références à partir desquelles on pourra élargir la documentation : HILAIRE (Jean), *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, 355 p. (Collection droit fondamental. Droit commercial) ; THALLER (Edmond), *Des faillites en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, 2 t., Paris, 1887, VIII-414 et 386 p. ; DUPOUY (Claude), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, 1960, L.G.D.J., R. Pichon et R. Durand-Auzias ; LE ROY (Yves), « Le choix des voies de poursuites à la fin du XIX^e siècle, en particulier dans le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 février 1886 », dans : CARONI (Pio), dir., *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1997, p. 259-303 (Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel. Enseignement du 3^e cycle de droit 1995) ; PADOA-SCHIOPPA (Antonio), *Saggi di storia del diritto commerciale*, 2^e éd., Milan, LED, 262 p. (Studi e ricerche) ; RICHARD (Hugues), « Le *Traité des faillites* de Balthazar-Marie Émérigon (1716-1784) », dans : *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Paris, Litec, Dalloz, p. 161-179.

législation civile¹³ ; et que toutes choses d'ailleurs à peu près égales, le pays qui aurait à cet égard les meilleures loix possibles, serait celui où les individus jouiraient, sans contredit, de la plus grande somme de bonheur. Mais avec vous, Monsieur le comte, je n'ai que faire d'insister sur des principes qui sont les vôtres, et que votre sensibilité, votre honnêteté vous auraient fait découvrir, quand vos lumières et vos connaissances n'auraient pas suffi pour vous les faire apercevoir.

Ce serait sans doute une recherche curieuse, que d'examiner quelles sont les causes qui, de tout temps et par tout pays, ont empêché les législateurs d'atteindre à ce but, que cependant ils paraissent tous avoir eu en vue. Comment il se fait, que malgré la rigueur des loix les plus claires et les plus positives, le faible est partout le jouet et la victime du fort ? Pourquoi partout les malheureux, les imprudens, les petits coupables sont seuls punis, tandis que l'homme sans principes, qui a su arranger et préparer de loin son manque de foi et sa perfidie, insulte impunément à ses créanciers et étale à leurs yeux une fortune qu'il leur a ravie¹⁴ ? Mais quelque intéressantes que puissent être ces discussions et quoiqu'elles puissent jeter un grand jour sur ce qu'il me reste à vous exposer, elles me mèneraient nécessairement à l'examen des premiers principes des sociétés¹⁵, et quoique je trouvasse un attrait particulier

¹³ Il est évident que la bonne exécution de leurs obligations par les débiteurs est la condition du progrès économique : les capitaux reviennent entre les mains des créanciers qui peuvent ainsi les investir de nouveau dans la production. Il faut donc une organisation efficace des poursuites pour dettes, mais l'élaboration d'une législation est difficile, parce que les causes de défaillances sont multiples et appellent des traitements différents. D'où la typologie des différents types de débiteurs défaillants établie un peu plus bas par Pictet (v. n. 42).

¹⁴ C'est une faiblesse fréquente des procédures de poursuites. Pictet laisse de côté le problème d'une Société dominée par la « morale du loup » qui explique le triste résultat qu'il déplore, mais il entend y remédier en affinant la distinction, plus ou moins pratiquée suivant les lieux, entre plusieurs types de faillis (v. n. 42) et en proposant un système efficace : procédure de faillite encadrée par l'*homme de la loi* (v. n. 34), poursuites pénales à la charge des juridictions répressives (v. n. 61).

¹⁵ Il est exact qu'avant d'élaborer une loi sur la faillite, il faut opérer des choix fondamentaux de Société. Pictet n'aborde pas la question dans cette lettre, mais le projet qu'il présente repose sur une réflexion préalable. Voici pourquoi le droit des poursuites est l'expression des « premiers principes des sociétés » : une faillite est le résultat d'un désastre qui entraîne la confrontation d'intérêts aussi respectables les uns que les autres dont il faut établir la priorité et dont aucun ne sortira indemne de la liquidation. Il en est ainsi en premier lieu des intérêts des parties à la procédure : les créanciers veulent tirer le plus possible du débiteur pour récupérer au mieux leurs créances, le débiteur voudrait qu'on lui laisse de quoi repartir du bon pied et qu'on ne le réduise pas à la misère, la Société exige que les éventuelles infractions commises par le débiteur dans la conduite de ses affaires soient sanctionnées. Ces préoccupations immédiates sont l'expression d'orientations politiques, économiques et sociales essentielles. Faut-il étendre la faillite à tous les débiteurs malheureux ou

seulement aux négociants et industriels ? Il existe plusieurs régimes de faillites. Un système qui conviendra au monde rural, sera totalement inadapté aux besoins du commerce et de l'industrie et réciproquement. Juridiquement, la faillite produit des effets dans presque tous les domaines du droit : droit des personnes (conséquences sur la capacité du débiteur. Pourra-t-il encore participer au monde des affaires ?), le droit des obligations (quid des contrats en cours ?), le droit des biens (on enlève sa propriété au débiteur et on la confie à d'autres), le droit de la famille et des régimes matrimoniaux, le droit du travail (quid des salariés du failli ? Quid de son entreprise ?). Les répercussions économiques sont multiples : des emplois disparaissent, des activités cessent allant jusqu'à rendre sinistrée une région, une faillite peut générer une cascade d'autres faillites : les créanciers impayés tombent à leur tour en faillite. Les problèmes posés par la faillite d'un petit commerçant sont différents de ceux d'une grande entreprise en difficulté. A quoi peuvent s'ajouter des complications internationales et des conflits de lois. C'est pourquoi le droit de la faillite est un mécanisme très complexe et la faiblesse d'une pièce dérègle l'ensemble. Les circonstances changent et telle solution adéquate à un moment donné, devient un obstacle à la bonne marche du pays. Il est très difficile de trouver le bon équilibre et celui-ci doit être périodiquement réassuré. Si la procédure de liquidation des actifs du débiteur est trop rigoureuse, il ne peut plus se relever et il tombe dans la misère. Des conséquences dommageables pour toute la Société s'ensuivent. Au contraire, si la procédure est trop indulgente, elle favorise les fraudes. Si elle est longue et coûteuse, elle dissuade les créanciers d'y recourir et les réduit à accepter les arrangements proposés par le débiteur, parce que même si celui-ci est malhonnête, ils perdent moins qu'en procédant à la mise en faillite. En revanche, si la procédure est trop sommaire, les garanties dont devraient bénéficier les créanciers et le débiteur disparaissent, ce qui les pousse à la fraude. Les causes de faillites sont multiples (v. n. 42) : conjoncture imprévisible et défavorable qui conduit au désastre sans que le débiteur ait commis d'erreur, maladresse et faute de gestion, voire malhonnêteté, au point que la faillite peut être un moyen de faire fortune. Ne faut-il pas traiter différemment ces faillites ? L'histoire contemporaine donne une preuve expérimentale de la difficulté de concevoir une loi sur la faillite. Au milieu du XIX^e siècle, de nombreux pays entreprirent de refondre leur droit de la faillite sous l'effet des bouleversements politiques et économiques qui générèrent des faillites structurelles (accords de libre échange, création du *Zollverein*, guerre de Sécession, guerre franco-prussienne, révolutions politiques, etc.). Il leur fallut généralement de longs et laborieux efforts. THALLER, brosse un tableau de ces multiples réalisations et de leurs principes. Celui de l'Angleterre est un cas d'école : « on évalue à quinze ans au plus la durée moyenne des statuts ayant la *bankruptcy* pour objet, et encore n'est-il question que des statuts d'ensemble, car la loi ne met jamais tout ce temps pour tomber sous la censure de l'opinion, et il faut y retoucher de suite sur un point ou sur un autre ; au total, il n'a pas été fait moins de quarante lois sur la matière dans les soixante dernières années » (*Des faillites en droit comparé...*, I, p. 107). En Suisse, la *loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* du 11 avril 1889 fut adoptée de justesse par référendum au terme de plus de vingt ans de débats. En particulier, le choix de ses grandes orientations fut difficile parce que chaque canton avait son système et qu'il était impossible de les concilier tous (THALLER, *Des faillites en droit comparé...*, t. I, p. 96-105 ; LE ROY, *Le choix des voies de poursuites...* ; MEUWLY, *Louis Ruchonnet...*,

à vous développer des idées totalement différentes de celles des déclamateurs si à la mode aujourd'hui, je sens trop que ce n'est pas ici le lieu de traiter ces questions, pour ne pas me refuser à tout ce que cet appas peut avoir de séduisant.

Revenant donc sur mes pas, je commence par poser en fait, que l'inconvénient dont je viens de faire mention, se faisait sentir en Russie d'une manière plus fâcheuse que partout ailleurs ; que le marchand forcé, pour écouler sa marchandise, de la confier à crédit, s'y trouvait à peu près à la merci de son créancier¹⁶ ; et il ne me serait pas difficile de démontrer, que cet état des choses, que tant d'observateurs superficiels ont représenté comme une suite de la nature du gouvernement et du caractère de la nation, n'était qu'une conséquence nécessaire et naturelle des changemens rapides et prodigieux qui s'étaient faits, depuis un siècle, dans les mœurs, les manières et la façon de vivre, tant de la nation russe en général que de la noblesse en particulier¹⁷.

p. 140-151). Depuis, si ses principes sont restés les mêmes, la LP a fait l'objet de multiples ajustements.

¹⁶ Les commerçants doivent vendre leurs marchandises, mais les acquéreurs achètent à crédit et profitent de leur statut et des défauts du droit pour ne pas s'acquitter de leurs dettes. Pictet signale ici une pratique assez courante dans la grande noblesse, non seulement en Russie, mais aussi dans les autres pays européens. Non seulement, elle faisait des dépenses improductives au sens où Adam Smith l'entend (v. citation sous la n. 6), mais, en plus, elle « gelait » des capitaux dont l'économie avait besoin. En Angleterre, au XVIII^e siècle, le bon négociant était considéré comme accomplissant une mission de service public, et la faillite était agencée pour permettre à celui qui avait été victime d'un hasard malheureux de repartir du bon pied. Des commerçants demandaient périodiquement leur mise en faillite pour obliger leurs clients à honorer leurs dettes. Ainsi, ils pouvaient payer à leur tour leurs fournisseurs. Pictet revient plus loin sur cette grave question (V. le passage de sa lettre qu'on a marqué par l'appel de n. 86).

¹⁷ Eu égard au destinataire de la lettre, on pense aux dettes de la noblesse russe, mais l'endettement de la noblesse était un fléau économique et social dans des pays d'Europe occidentale. Voici quelques exemples empruntés à la France : « Montesquieu avait donné du grand seigneur cette définition : « Un homme... qui a des ancêtres, des dettes et des pensions ». A la fin du siècle, l'abbé Coyer écrivait : « c'est être bien peuple que de s'inquiéter de ses dettes : elles annoncent, elles confirment la grandeur. Il y a à parier qu'un débiteur de deux millions est plus grand seigneur d'une moitié en sus que celui qui n'en doit qu'un ». A vingt-quatre ans, le comte d'Artois doit 24 millions. En 1789, les biens du duc d'Orléans sont évalués à 114 millions et ses dettes à 74. Choiseul, qui possède 14 millions, en doit 10. Lauzun a mangé 300 000 livres de rentes et doit 2 millions. Le tailleur de M. de Montmorin lui réclame 1 200 000 livres dues. Bien d'autres exemples d'endettements pourraient être donnés. Quand sera payée sous la Restauration l'indemnité aux émigrés, on constatera que presque toutes les grandes fortunes de la haute société étaient grevées d'hypothèques. Des scandales révoltèrent l'opinion publique. La marquise de Saint-Vincent, petite fille de Mme de Sévigné fit courir, sous la fausse signature du vieux maréchal de

Quoiqu'il en soit de cette dernière idée, toujours est-il certain, que le but de cette ordonnance a été de remédier à cet abus ; que sentant, que dans un pays neuf tel que la Russie, où toutes les branches du commerce et de l'industrie offrent à l'imagination une carrière sans bornes, les individus devraient être continuellement tentés de s'aventurer dans des entreprises fort au-dessus de leurs forces, le législateur a voulu, par un prêt de onze millions de roubles, mettre les marchands plus à portée de cultiver, sans danger et sans risque, les nouvelles branches d'industrie qui s'offraient chaque jour à leurs yeux ; et que par celui de vingt deux millions de roubles fait à la noblesse, il a voulu la mettre dans le cas de n'avoir plus de prétextes plausibles à opposer aux justes demandes de ses créanciers. Bienfait insigne pour la noblesse, qui par ce moyen, sans aucune gêne et presque sans s'en apercevoir, se trouve débarrassée du fardeau immense qui l'écrasait ; mais qui n'en est pas moins du plus grand et du plus singulier avantage pour la classe industrielle et commerçante de la nation, qui recouvrera des capitaux immenses, qui tout au moins étaient un fond mort et qui ne produisaient rien¹⁸.

Sans doute, il était de la sagesse, je dirais même de la justice du législateur, de commencer par une opération qui seule pouvait rendre équitables et même profitables des poursuites sévères contre les débiteurs. L'homme d'état ne prend pas pour sa règle les lieux communs des déclamations dont fourmillent les livres des moralistes ; il examine d'un œil fixe l'état actuel des choses et pèse mûrement les intérêts réciproques de toutes les classes de la société. Quand le temps a enraciné un abus et qu'il tient à des préjugés nationaux¹⁹, il sent qu'il demande des préparatifs pour pouvoir être extirpé ; que dans ce cas-ci, il y aurait eu une injustice criante à forcer tout d'un coup les débiteurs, c'est-à-dire le corps entier de la noblesse à

Richelieu, pour 450 000 livres de billets, qu'elle prétendit être le prix de ses complaisances. Le plus grand scandale fut la faillite des Rohan-Guéménée, une faillite de 33 millions ; parmi leurs créanciers se trouvaient de pauvres matelots bretons, dont le prince de Guéménée prenait les économies à charge de rentes viagères » (CARRÉ (Henri), dans : LAVISSE (Ernest), *Histoire de France depuis les origines jusqu'à la Révolution*, t. 9 *Le règne de Louis XVI (1774-1789)*, Paris, Hachette, p. 178-179.)

¹⁸ Pictet revient sur le raisonnement exposé à la note précédente. La noblesse profitait de son statut pour s'endetter, et mettait ainsi ses créanciers en difficulté. A la fin du passage, Pictet rapproche cette politique bancaire d'une opinion d'Adam Smith : les capitaux immobilisés sous forme de dettes ne sont d'aucune utilité pour l'économie. En revanche, le paiement des dettes permet aux créanciers, une fois rentrés dans leurs fonds, de financer de nouveau les activités agricoles et industrielles. Evidemment, il se peut que les débiteurs investissent au lieu de rembourser, mais alors ce cas ne correspond plus à la situation décrite par Smith : ces débiteurs deviennent à leur tour des investisseurs productifs gérant leur crédit avec intelligence.

¹⁹ V. n. 6.

s'acquitter²⁰, si on ne leur avait pas fourni des moyens aussi faciles, et qu'on n'aurait pû sans danger mettre contre eux les loix en exécution, s'ils avaient dû craindre que cette exécution entraînaît leur ruine totale. Mais enfin cette préparation si indispensablement nécessaire a eu lieu, la noblesse a un moyen de s'acquitter, qui de tous ceux qu'on pouvait imaginer, est sans contredit le moins onéreux ; l'ordonnance elle-même annonce pour l'avenir une exécution stricte et sévère des loix contre les débiteurs ; permettez-moi de vous le dire, Monsieur le comte, cette époque est celle qu'il faut choisir pour changer des loix et des réglemens trop sévères et qui, tenant trop du caractère dur et tranchant de Pierre I, sont continuellement éludés. Sans cela, soyez en sûr, Monsieur le comte, on aura jetté des fondemens admirables, mais l'édifice ne sera point élevé²¹.

Je vais entrer dans quelques détails sur les principes d'après lesquels j'estime que toute cette matière doit être déterminée ; si Votre Excellence les trouve justes, ils serviront mieux que tout ce que je pourrais dire, à vous faire sentir, en quoi, selon moi, se sont trompées, je ne dis pas seulement la législation de Russie, mais toutes les législations d'Europe²².

Je ne crains pas que Votre Excellence me contredise, si je pose d'abord en principe incontestable la nécessité de distinguer strictement et scrupuleusement les engagements de commerce, c'est-à-dire ceux que peuvent prendre entre eux les négociants, les manufacturiers, les artisans mêmes qui tiennent boutique, des engagements des autres membres de la société, soit qu'ils soient contractés entre deux ou plusieurs personnes qui ne sont pas engagées dans des affaires de commerce, soit qu'ils soient contractés par une personne qui n'est pas dans le commerce vis-à-vis d'un marchand ou négociant ; étant persuadé que si les engagements des marchands, même avec

²⁰ Pictet a abordé le problème des dettes d'une manière générale (v. n. 12), mais il s'agissait essentiellement du problème des dettes de la noblesse qui profitait de son statut pour vivre aux crochets de ses créanciers. Sous l'Ancien Régime, ce problème se posait dans bon nombre de pays. En Russie, il constituait un frein au développement économique dans la mesure où la noblesse dominait largement les secteurs de l'agriculture, du commerce et de l'industrie (v. n. 6 et 17).

²¹ Pictet souligne à juste titre que l'idée est bonne, mais elle ne sera pas suivie jusqu'au bout. Au contraire, l'endettement des nobles et des marchands s'aggrava. Au milieu du XIX^e siècle, la noblesse était toujours aussi endettée : « même la Banque commerciale d'État (*Gosouarstvennii kommertcheskii bank*), créée en 1817 et qui depuis 1824 peut faire des prêts à des industriels, manque à ses devoirs, car elle dispense l'essentiel de ses ressources en des prêts à des nobles, non point pour relancer le commerce et l'industrie, mais pour combler des dettes, souvent dites « d'honneur » (GIRAULT (René) et FERRO (Marc), *De la Russie à l'U.R.S.S. L'histoire de la Russie de 1850 à nos jours*, Paris, Fernand Nathan, (Université, information, formation) 1974, p. 19).

²² Pictet critique l'ensemble de la société de la fin de l'Ancien Régime.

les particuliers qui ne sont pas dans les affaires, doivent être regardés comme engagements de commerce : ceux du particulier avec le marchand sont d'une toute autre nature et doivent être réglés par des principes tout différents. Je pose donc d'abord pour premier principe, que les engagements de commerce doivent être soumis à une législation particulière, toute différente de celle qui doit régler l'effet des engagements des particuliers²³.

Cette distinction, qui n'est pas nouvelle, a été admise dans la plupart des législations de l'Europe : c'est d'après elle, que dans les pays qui se distinguent par la douceur de leurs mœurs et par leurs lumières, si on a admis la prise de corps pour les lettres de change²⁴ et les engagements de commerce, du moins l'a-t-on rejetée pour toutes les autres espèces d'engagements. Mais outre que je ne sache aucun pays, où l'on ait empêché le particulier et même le gentilhomme de s'assimiler au marchand et de s'exposer à tous les inconvénients résultant des engagements de commerce, en signant une lettre de change (abus énorme à mes yeux et que je voudrais prévenir, tant en annulant toute lettre de change de celui qui n'est pas actuellement et de

²³ Au XVIII^e siècle, on débattait de la soumission des particuliers à la procédure de faillite. Pictet veut la réserver aux négociants, au sens large qu'il donne à ce mot. L'art. 1^{er} du Titre XI de l'ordonnance de mars 1673 dispose : « la faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du jour que le débiteur se sera retiré ou que le scellé aura été apposé sur ses biens ». L'art. 2 dit : « ceux qui auront fait faillite seront tenus de donner à leurs créanciers un état certifié d'eux de tout ce qu'ils possèdent et de tout ce qu'ils doivent. » La doctrine constatait que le substantif « débiteur » et le pronom « ceux » s'appliquaient aussi bien aux commerçants qu'aux non commerçants. En revanche, l'art. 3 ordonnait aux « négociants, marchands et banquiers » de remettre tous leurs livres à l'autorité judiciaire compétente. Enfin, l'ordonnance traite d'institutions, comme la lettre de change et le contrat de société, qui pouvaient être utilisés par des non commerçants. En pratique, la faillite et la banqueroute s'appliquaient à tous, en ce sens que la procédure d'exécution collective s'appliquait à tous, mais certaines prescriptions de l'ordonnance, comme la tenue de livres comptables, ne pouvaient être observées que par des commerçants. Il en résultait, par exemple, que le mécanisme de la période suspecte ne pouvait s'appliquer à un non commerçant. De même, tous les débiteurs devaient fournir à leurs créanciers un état exact de leur situation, mais il était plus facile de l'établir à l'aide de livres comptables. A l'époque, les différences entre les procédures de la faillite et de la déconfiture étaient réduites.

²⁴ Par exemple, l'art. 1^{er} du Titre VII de l'ordonnance de mars 1673 sur le commerce : « Ceux qui auront signé des lettres ou billets de change, pourront être contraints par corps, ensemble ceux qui y auront mis leur aval, qui auront promis d'en fournir, avec remise de place en place, qui auront fait des promesses pour lettres de change à eux fournies, ou qui le devront être ; entre tous négociants ou marchands qui auront signé des billets pour valeur reçue comptant, ou en marchandises, soit qu'ils doivent être acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au porteur. » L'art. 2 étendait la règle de l'art. 1^{er} aux « contrats maritimes, grosses aventures, chartes-parties, ventes et achats de vaisseaux, pour le fret et le naulage* ». »

* Naulage = affrètement, c'est-à-dire louage d'un navire.

bonne foi dans le commerce, qu'en soumettant à quelque peine, plus ou moins forte selon le cas, et celui qui exige une pareille lettre de change, et celui qui la consent)²⁵, j'ose croire encore, malgré le respect profond dont je suis pénétré pour les décisions de l'illustre Montesquieu, que dans tous les cas la prise de corps est un abus et même une atrocité tout aussi inutile pour le créancier qu'elle est funeste pour le débiteur²⁶.

Je pourrais insister sur les suites funestes et détestables, qu'entraîne après elle la prise de corps ; je pourrais peindre à Votre Excellence cette foule immense de malheureux, entassés dans toutes les prisons de l'Europe, qui, arrachés à leur famille et à leur travail, privés de tous les moyens d'exercer leur industrie, se nourrissent pendant un temps du peu qu'ils ont pu soustraire à l'avidité d'un créancier impitoyable et finissent par mourir de misère, ou tout au moins par perdre totalement toute idée de morale et d'honnêteté : peut-être ne me serait-il pas difficile de vous prouver, que c'est dans les prisons où sont retenus les débiteurs, que se forment à la scélératesse et au brigandage ces criminels qui affligent et déshonorent l'humanité ; et que quand je n'aurais en ma faveur que l'exemple de l'Angleterre, de ce pays où l'on a le plus grand respect pour les lois, où elles ont la plus grande force et où cependant le parlement est obligé de remédier de temps en temps, par une injustice particulière, à la dureté de la loi générale²⁷ ; j'ai peine à croire que Votre Excellence pût disconvenir, qu'il ne convînt infiniment mieux d'abolir la loi elle-même que de l'enfreindre si souvent et si solennellement. Mais c'est en examinant les raisons sur lesquelles on se fonde pour soutenir la prise de corps, c'est en faisant voir que ces raisons sont illusoire, qu'il y aurait d'autres moyens bien plus simples et bien plus sensés de parvenir au même but, que je veux attaquer une coutume qui ne subsiste que par une suite de cet attachement superstitieux que nous avons pour tout ce qui nous vient de nos ancêtres.

« Les négociants, dit Mr de Montesquieu, étant obligés de confier de grandes sommes pour des temps souvent fort courts, de les donner et de les reprendre, il faut que le débiteur remplisse toujours au temps fixé ses engagements, ce qui suppose la contrainte par corps. Dans les contrats civils

²⁵ En l'espèce, l'interdiction serait un moyen d'empêcher la noblesse de s'endetter et donc de bloquer des capitaux en pure perte (v. n. 6). De plus, la rigueur du droit cambiaire permettait d'abuser de partenaires inexpérimentés.

²⁶ V. n. 28.

²⁷ On pense au *Beggar's Opera* (1728), livret de John GAY sur une idée de Jonathan SWIFT et musique de Johann Christoph PEPUSCH, et à sa suite *Polly* (1729). Les conditions de détention étaient sordides. Les prisonniers étaient condamnés à l'inactivité. Leur famille devenait encore plus misérable. Régulièrement, le Parlement faisait élargir les très nombreux débiteurs pour prévenir ou calmer des émeutes populaires.

ordinaires, ajoute-t-il, la loi ne doit pas accorder la contrainte par corps, parce qu'elle doit faire plus de cas de la liberté d'un citoyen, que de l'aisance d'un autre ; mais dans les conventions qui dérivent du commerce, elle doit faire plus cas de l'aisance publique que de la liberté du citoyen²⁸. » Ce n'est donc que parce qu'on regarde comme indispensablement nécessaire, que les engagements du commerce soient exactement remplis au temps fixé, qu'on a établi la contrainte par corps ; et c'est pour parvenir à ce but qu'on s'est relâché des égards qu'en toute autre occasion on croit devoir à la liberté des particuliers. Si donc il était possible de trouver un moyen, qui, sans avoir les inconvénients de la contrainte par corps, parvint également au but qu'on se propose et y parvint d'une manière encore plus sûre, sans doute il serait préférable ; or, je pense qu'un règlement sensé sur les banqueroutes et sur la procédure à suivre en pareil cas pourrait avoir et aurait nécessairement cet effet.

Il est reçu en France, et cette règle fondée sur la nature des choses devrait être la même partout, que tout marchand et négociant qui n'acquitte pas un de

²⁸ *Esprit des lois*, XX, 15. Il existait une longue connexité historique entre confiscation des biens du débiteur et sa contrainte par corps. Montesquieu s'inscrit dans cette perspective. Pictet, comme la majorité de la doctrine, rompt avec l'histoire. S'appuyant sur la pratique, il constate que la contrainte par corps est en définitive défavorable au créancier : sa menace incitait le débiteur à fuir, ce qui empêchait les créanciers de lui demander des éclaircissements, alors qu'une vue d'ensemble des possibilités des créanciers et du débiteur aurait permis, par exemple, un rééchelonnement des dettes et évité un naufrage dommageable à tous. Il arrivait aussi que le débiteur qui s'était mis à l'abri, dictât ses conditions aux créanciers ou s'entendit avec des comparses pour frauder les vrais créanciers (v. aussi les n. 96 et 97). Pictet propose de lui substituer une procédure de faillite efficace.

Le courant d'opinion en faveur de l'abolition de la contrainte par corps a des racines profondes. Par ex., dans *Le marchand de Venise*, Shakespeare montre l'inanité de la contrainte par corps. Le mouvement contre la contrainte par corps, au moins en matière civile et commerciale l'emportera au cours du XIX^e siècle. Toutefois, une partie de la doctrine avait une opinion nuancée : il fallait distinguer suivant les situations. La contrainte par corps ne servait à rien contre un malheureux insolvable. En revanche, elle était efficace contre le débiteur solvable mais récalcitrant qui cherchait à dissimuler ses ressources aux créanciers. Écroué inconfortablement et empêché de faire ses affaires, il les révélait. Thaller observe que la loi française du 22 juillet 1867 abolissant la contrainte par corps a rendu plus fréquents les détournement de biens (*Des faillites en droit comparé...*, t. 1, p. 139 et suiv.). Comme Pictet un siècle plus tôt, il est d'avis que la contrainte par corps peut être remplacée par la *séquestration du patrimoine* par les créanciers syndiqués. Si on les dote de pouvoirs forts, comme en Angleterre, ils pourront fouiller tous les papiers du débiteur et si mal tenus que soient ses livres, il y aura forcément trace des fraudes, même si le débiteur a pris soin de faire disparaître les papiers compromettants (*Des faillites en droit comparé...*, t. 1, p. 142 et suiv.).

ses engagements²⁹ à son échéance, est par cela même en faillite³⁰ et que la banqueroute est censée ouverte, du jour où le dit marchand ou négociant a

²⁹ Il existait plusieurs types d'effets de commerce, d'où l'emploi du terme générique « engagement » par Pictet. Les principaux étaient le billet à ordre et la lettre de change ou traite. Au XVIII^e siècle, le rôle accru de la négociabilité de la lettre de change lui donna une grande importance et entraîna un renouvellement du droit cambiaire. Le droit de la lettre de change était encore lacunaire et des pratiques diverses d'un lieu à l'autre y suppléaient.

³⁰ La question du point de départ de la faillite est délicate pour deux sortes de raisons : d'une part, elle dépend de la définition de la faillite, d'autre part, il existe plusieurs possibilités dont les avantages et les inconvénients dépendent des circonstances de l'insolvabilité du débiteur. C'est pourquoi la pratique du XVIII^e siècle n'était pas uniforme. L'autorité compétente décidait en fonction des particularités du cas. L'ordonnance de mars 1673 sur le commerce ne définissait pas la faillite, mais l'art. 1^{er} du titre XI, *Des Faillites et banqueroutes*, disposait : « la faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du jour que le débiteur se sera retiré ou que le scellé aura été apposé sur ses biens. » La fuite du débiteur pour échapper à la contrainte par corps perdit une partie de son importance au début du XVII^e siècle quand le Parlement de Paris prohiba la *contrainte par corps dans les maisons* (HILAIRE, p. 313). De plus, bien d'autres raisons pouvaient expliquer le départ du débiteur sans qu'il laissât sur place quelqu'un pour répondre en son nom : voyage d'affaires, maladie, etc. L'apposition des scellés sur les biens du débiteur et leur inventaire en garantie des droits des créanciers étaient aussi un point de départ commode, mais il pouvait arriver que le débiteur connût seulement une difficulté de trésorerie. De plus, le procédé empêchait le débiteur de continuer son activité, donc de réduire son déficit et de se procurer des ressources pour subsister lui et sa famille. Aussi la pratique l'avait assoupli en permettant au débiteur de conserver l'outillage nécessaire à la poursuite de son activité (v. n. 69) ou de vendre sa production ou ses marchandises à la pièce, ce qui rapportait plus qu'une vente en gros. Le projet Miromesnil consacra cet assouplissement. Un autre point de départ retenu, entre autres, par le projet Miromesnil, était celui du dépôt de bilan par le débiteur au greffe du tribunal. Toutefois, cette solution avait une faiblesse : elle laissait le débiteur libre de choisir le jour de la faillite et donc de payer avant certains créanciers, voire des comparses. Le délai de dix jours de la période suspecte pouvait alors n'être d'aucun secours. Il était également possible de retenir le jour où le débiteur convoquait les créanciers pour leur proposer un accord ou le jour où les créanciers accordaient un délai supplémentaire au débiteur pour s'acquitter, voire lui faisaient remise d'une partie du passif, ou encore le jour où le débiteur faisait cession de ses biens aux créanciers. On pouvait aussi s'attacher au jour du début des poursuites judiciaires ou de la condamnation pénale du débiteur. Pictet insiste sur une autre pratique : le débiteur est en faillite du jour où il laisse protester un effet de change. Mais le procédé a aussi ses faiblesses. Par exemple, au lieu de publier le protêt, le créancier négociait un arrangement avec le débiteur, au détriment des autres créanciers. Aussi, Pictet propose que le créancier fasse protester la créance dans les vingt-quatre heures de l'échéance, et communique sur-le-champ le protêt à l'*homme de la loi* (v. n 34), à peine de nullité du titre de créance. De plus, il veille à une large publicité de la faillite, comme le fera le *Projet Gorneau* quinze ans plus tard.

laissé protester un de ses engagements³¹. Malheureusement pour l'intérêt général, cette règle n'est que trop souvent éludée ; je voudrais donc lui donner une sanction toute nouvelle et pour cela obliger, à peine de voir son titre déclaré nul, tout porteur d'un engagement non acquitté à son échéance, de le faire protester dans les vingt quatre heures³² et d'en communiquer le protest

³¹ Le vocabulaire employé montre que le défaut de paiement doit concerner une dette commerciale, c'est-à-dire souscrite lors d'un engagement commercial, et non une dette civile. Pictet retient le protêt comme critère de la faillite. Il en résulte que la faillite existe avant même l'intervention de la justice. En réalité, le vrai critère de la faillite est le défaut de paiement et il faut le distinguer d'avec le protêt qui le révèle. En s'adressant à Vorontsov, Pictet écrit de façon elliptique. En ancien droit, le défaut de paiement d'une seule dette modique suffisait, même s'il s'agissait d'un embarras passager du débiteur. D'où un problème : comment éviter qu'un créancier malveillant demande la faillite pour le retard de paiement d'une somme modique ? Le caractère excessif de la conséquence explique que la pratique n'appliquait pas la règle, et attendait d'autres indices, même lorsqu'une intervention rapide aurait évité une grande catastrophe. Pictet opte pour une solution qui permet des nuances : le créancier informe l'*homme de la loi* qui se renseignera auprès du débiteur et des autres créanciers connus. Le *Projet Gorneau* avait fait du premier protêt un critère subsidiaire qui avait surtout son importance pour déterminer le point de départ de la période suspecte : « Art. 353. A défaut de déclaration [du commerçant qui « cesse ou suspend » ses paiements], l'ouverture de la faillite est fixée par la date du premier protêt, faute de paiement et à défaut de protêt par la date du premier acte qui constate le refus de payer » (DUPOUY, p. 202). Les faiblesses de cette solution n'échappèrent pas aux rédacteurs du *Code de commerce*. L'une d'elles était que des débiteurs aux abois parvenaient couramment à se maintenir artificiellement pendant un temps plus ou moins long en se procurant des fonds par des pratiques frauduleuses : vente des marchandises au-dessous du cours, emprunts ruineux, escompte de toutes les valeurs reçues, signature d'*effets de complaisance*, c'est-à-dire de documents dissimulant aux tiers que le tireur ou le bénéficiaire n'a pas l'intention de contraindre le tiré à le payer, mais de se procurer du crédit en portant l'effet à l'escompte. Bref, le débiteur creusait un abîme pour boucher quelques trous. Au total, les dividendes baissaient (THALLER, *Des faillites en droit comparé...*, t. I, p. 213). Crétet souligna que « lorsqu'il n'existe qu'un seul protêt, on s'adresse aux endosseurs, qu'on ne revient au tireur qu'après de longs circuits ; qu'ainsi, il peut s'écouler un temps considérable entre la cessation des paiements et le jugement qui condamne le débiteur » (LOCRE, *La législation civile...*, t. XIX, p. 99). Ici, Pictet pense avant tout aux débiteurs malhonnêtes et au crédit bancaire. D'où sa proposition d'annuler le titre de créance si le délai de vingt-quatre heures n'est pas respecté : la lenteur du créancier en fait le complice du failli. Il arrivera que des débiteurs soient mis en faillite alors que leur actif couvre le passif, mais il appartiendra au tribunal de décider l'arrêt des poursuites après vérification de la situation.

³² Dans quel délai le protêt devait-il être fait ? La pratique était variable et souvent insatisfaisante. Suivant les lieux et les cas, le créancier devait faire dresser protêt par un officier public (notaire, sergent) soit le jour même de l'échéance soit le lendemain, soit encore dans les dix jours. Pictet est d'avis que le créancier doit protester l'engagement non honoré et en donner communication à l'*homme de la loi* dans un

dans les mêmes vingt quatre heures³³ à l'homme de la loi, c'est-à-dire, à ce magistrat qui dans toutes les monarchies bien constituées doit être instant dans toutes les affaires où le public est intéressé³⁴. L'on conviendra sans

délai de vingt-quatre heures. Il opte aussi pour une sanction énergique du non respect de cette prescription : l'effet de commerce devient nul. Cette rigueur s'explique par les multiples abus auxquels l'absence de protêt en temps utile donnait lieu. Par exemple, au lieu de protester une lettre de change, le créancier gardait la connaissance de la défaillance du débiteur pour lui, au lieu de la diffuser comme l'exigeait la loi, et négociait avec le débiteur un arrangement au détriment des autres créanciers. Il avait pour lui la menace de la contrainte par corps du failli : « Ceux qui auront signé des lettres ou billets de change, pourront être contraints par corps, ensemble ceux qui y auront mis leur aval, qui auront promis d'en fournir, avec remise de place en place, qui auront fait des promesses pour lettres de change à eux fournies, ou qui le devront être ; entre tous négocians ou marchands qui auront signé des billets pour valeur reçue comptant, ou en marchandises, soit qu'ils doivent être acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au porteur » (art. 1^{er} du Titre VII de l'ordonnance de mars 1673 sur le commerce).

³³ On retrouve le délai de vingt-quatre heures dans le *Projet Gorneau* (DUPOUY, p. 203). L'art. 13 du Titre V de l'ordonnance de mars 1673 sur le commerce prévoyait un délai variable de début des poursuites en fonction de la distance et du pays où se trouvait le débiteur : 1 jour pour le débiteur domicilié à 5 lieues (1 lieue = 4 km environ, 10 jours pour 10 lieues, 2 mois pour l'Angleterre, la Flandre et la Hollande, 3 mois pour l'Italie, l'Allemagne et les cantons suisses, 6 mois pour l'Espagne, la Suède et le Portugal). En ne distinguant pas, Pictet écarte une action devant la juridiction du lieu du domicile du débiteur et opte pour le lieu d'exécution de l'engagement. Il retient également le délai de vingt-quatre heures pour dénoncer la cessation de paiement à l'*homme de la loi*. La doctrine dominante, Jousse par exemple, faisait du défaut de paiement le point de départ de la faillite, mais Guyot observait que le retard dans un paiement n'était pas un critère suffisant et la jurisprudence le retenait comme un soupçon de faillite, mais non comme un critère décisif (DUPOUY, p. 96). Le *Projet Gorneau* fera du défaut de paiement un critère de la faillite et fixera un délai de trois jours au débiteur pour le déclarer au tribunal de commerce. La Chambre de commerce de Paris réduira le délai à vingt-quatre heures, mais ne sera pas suivie.

³⁴ En matière de faillite, une faiblesse de l'ordonnance de mars 1673 sur le commerce était de réduire le plus possible le rôle du juge et de confier la conduite de la procédure aux créanciers. En dépit de divers textes royaux, ce laxisme avait persisté. Il facilitait de multiples abus des débiteurs et des créanciers. Dans son projet de 1801, Gorneau propose d'y remédier en créant un *commissaire du gouvernement*. Il s'agit d'un juriste ayant statut de fonctionnaire, donc appointé par l'État, placé auprès de chaque tribunal de commerce. Cet homme de loi, indépendant du tribunal et des préoccupations commerciales locales, est destiné « principalement à diriger les affaires des faillis, à défendre les intérêts des créanciers, sur-tout des créanciers absents, à repousser l'influence funeste des intermédiaires, qui, dans les assemblées de créanciers, se jettent entre eux et les faillis ; à éclairer la conduite de ces derniers, scruter les causes des faillites, et livrer à la vindicte des lois les débiteurs de mauvaise foi » (*Révision du projet de code de commerce...*, p. 114). De nombreuses dispositions du *Projet Gorneau* fixent sa compétence. Les adversaires de l'institution critiquèrent ses « attributions effrayantes » et son rôle : pourquoi charger un fonctionnaire

inamovible des intérêts des créanciers, alors qu'ils auront davantage confiance en quelqu'un choisi et révocable par eux ? Pourquoi introduire un fonctionnaire public dans la faillite qui ne concerne que des intérêts civils et particuliers ? On pouvait répondre que la Conservation de Lyon était largement peuplée de gens de justice du roi qui avaient contribué à sa renommée (VAESEN (J.), *La juridiction commerciale à Lyon sous l'ancien régime. Etude historique sur la Conservation des privilèges royaux des foires de Lyon (1463-1795)*, Lyon, Mougin-Rusand, 1879, VIII-300 p., éd. numérique BNF Gallica). Le Tribunal de commerce de Lyon rappela ce précédent dans son approbation de la création d'un commissaire du gouvernement (*Révision du projet de code de commerce...*, p. 117). Enfin, les opposants oubliaient un peu vite les faillites retentissantes qui avaient mis en danger la toute jeune Banque de France et anéanti des marchés de l'État, dont des fournitures aux armées. D'où l'exigence de Napoléon d'une « bonne loi sur les faillites et les banqueroutes », et la rapidité avec laquelle fut alors rédigé le *Code de commerce* de 1807. Par ailleurs, les opposants à la création du *commissaire du gouvernement* craignaient que son pouvoir, sa permanence et son inamovibilité le rendissent sensible à la corruption. Les rédacteurs du Code de commerce de 1807 écartèrent le *commissaire du gouvernement*, dont l'appellation fut reprise dans l'organisation du contentieux administratif devant le Conseil d'État, et lui substituèrent un *juge commissaire* très différent et à la compétence limitée. Toutefois, ce juge commissaire est encore l'âme du bon déroulement de la procédure de faillite et doit avoir les qualités personnelles du commissaire du gouvernement : « tout est placé sous la surveillance d'un commissaire dont le caractère garantit le choix des agens et des syndics, une sévère vérification de créance, une vente prompte et peu dispendieuse ; enfin tout ce qui peut soulager et consoler le malheur commun » (Séjur, dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 556). Séjur expliqua ainsi l'abandon du commissaire du gouvernement pour le juge commissaire : « nous avons pensé que cette administration temporaire devait être confiée à des hommes désintéressés, à des agens nommés par le tribunal de commerce ; et quoiqu'il parût difficile de prendre un parti plus sage, et qui offrit plus de garantie à l'ordre public et à l'intérêt privé, on a cru devoir placer ces agens sous la surveillance immédiate d'un commissaire choisi parmi les juges du tribunal de commerce. Le besoin d'une telle surveillance était si généralement senti, que lorsque les rédacteurs du projet de Code proposèrent d'établir pour les faillites, un *commissaire du gouvernement*, la majorité des chambres de commerce approuva cet établissement, dont les inconvénients étaient pourtant palpables. L'influence d'un tel magistrat sur des tribunaux de négocians dénaturait leur institution ; et d'ailleurs nous croyons superflu de démontrer combien il pourrait y avoir des dangers à donner constamment aux mêmes hommes des fonctions si délicates, dans lesquelles on se trouve sans cesse exposé aux pièges de la séduction et à la méfiance du malheur » (SÉGUR, rapport au corps législatif le 3 septembre 1807, dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 546). En 1801, l'idée de Gorneau d'un *commissaire du gouvernement* fut considérée comme nouvelle et originale. Pourtant, quinze ans avant Gorneau, Pictet propose la création d'un fonctionnaire semblable au *commissaire du gouvernement* qu'il appelle l'*homme de la loi* et dont il fait le remède universel à toutes les déviances auxquelles une procédure de faillite peut donner lieu. L'expression évoque Voltaire, défenseur des opprimés et pourfendeur des abus de pouvoir en tous genres, dont Pictet avait mentionné le nom au début de la lettre. Un *homme de la loi* sera affecté à chaque tribunal de commerce. Sa définition, « magistrat

doute, qu'il n'est aucune espèce d'affaire où le public ait un intérêt plus majeur.

L'homme de la loi³⁵, instruit de la banqueroute par la communication du protest³⁶, devrait à l'instant se faire remettre par le failli une liste de ses

qui dans toutes les monarchies bien constituées doit être instant dans toutes les affaires où le public est intéressé » fait penser à un ministère public spécialisé. Il se peut, qu'à l'époque de Pictet, les échanges d'arguments entre partisans des juridictions ordinaires et partisans des juridictions consulaires aient incité une partie de la doctrine à chercher à combiner les avantages qu'offraient les juges des juridictions ordinaires, juristes de métier, et le jugement par les pairs. La *Conservation de Lyon*, qui fut un modèle sur bien des points, pratiquait déjà une combinaison du genre, et la lecture de Blackstone (ses *Commentaries of the Laws of England* avaient été publiés entre 1765 et 1769 et traduits en français dès 1774) ont pu aussi être des sources d'inspiration. Le rôle de l'homme de la loi est encore plus important que celui du commissaire du gouvernement dans le *Projet Gorneau*. En énumérant ses attributions, Pictet le mentionne onze fois. Il est le maître d'un bout à l'autre de la procédure de faillite. En particulier : il veille à l'établissement de la situation exacte du failli et à la sauvegarde des droits des créanciers absents et non encore avisés du naufrage de leur débiteur. Il intervient également au cours de l'assemblée des créanciers et de ses négociations avec le débiteur. Il contrôle la composition du tribunal de commerce. Il le préside avec voix délibérante en cas de partage et dirige ses opérations. Il contrôle la liquidation des actifs du failli. En cas de soupçon de crime, il impose caution au débiteur ou, à défaut, le met en détention provisoire. Si le tribunal de commerce déclare le débiteur criminel, l'homme de la loi le fait poursuivre par la juridiction pénale. Bref, l'homme de la loi intervient partout où la pratique, sous l'Ancien Régime, avait révélé des fraudes et des abus. Il est frappant de voir combien Pictet insiste sur la conciliation de l'intérêt public et de l'intérêt privé, et que Ségur insistera encore sur elle vingt ans plus tard : « Il existe un délit [le défaut de paiement] puisqu'il y a eu violation d'engagements et de propriétés ; celui qui a commis ce délit peut y avoir été conduit par le malheur, par l'inconduite ou par la mauvaise foi. Si c'est par un malheur, il doit être protégé ; si c'est par inconduite, il doit subir une correction ; si c'est par fraude, il doit être livré à toute la sévérité de la justice criminelle. Le malheur doit être démontré par le failli ; l'inconduite prouvée par les créanciers ou la partie publique ; la fraude poursuivie par l'autorité ; il ne doit même avoir la liberté de sa personne que lorsque l'examen de sa conduite offre la présomption de son innocence. Pendant toute la marche de ces opérations, le commissaire, les agents, les syndics sont tenus de faire connaître au magistrat de sûreté toutes les circonstances de la faillite ; il peut, par lui-même, prendre les renseignements nécessaires et dès qu'il lui apparaît quelque indice d'inconduite ou de fraude, il doit appeler le failli devant le tribunal correctionnel ou le traduire devant le tribunal criminel » (rapport au corps législatif le 3 septembre 1807 dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 543). Cette ressemblance et d'autres avec la lettre de Pictet suggèrent la connaissance de sources communes (v. n 12).

³⁵ Dans les pages qui suivent, Pictet pense remédier aux défauts des procédures de faillite, essentiellement les fraudes des débiteurs et leur collusion avec une partie des créanciers au détriment des autres, en faisant diriger et contrôler les opérations par l'homme de la loi. Une fois de plus, la démarche de Pictet est plus en harmonie avec

créanciers, les assembler dans les vingt quatre heures³⁷, et de concert avec eux, soit recevoir du failli son bilan s'il se trouvait fait, soit l'obliger à le faire et à le remettre³⁸, ne lui donnant pour cela que le temps indispensablement

celle des codificateurs du Code de commerce, qui avaient vu des personnes faire vite fortune par la faillite, que des débats du *Projet Miromesnil*. Chaque règle qu'il pose est le contre-pied des travers que dénoncera Crétet dans son rapport au Conseil d'État le 24 février 1807 : « Le vice des dispositions antérieures [le droit de l'Ancien Régime] était dans la faculté qu'elles donnaient au failli de soustraire le gage de ses créanciers. Dans la vérité des choses, dès qu'il y a faillite, les biens du failli appartiennent à ses créanciers, et cependant le failli les gardait ; il appelait ou n'appelait pas ses créanciers ; s'il ne les appelait pas, les poursuites qu'on exerçait contre lui étaient vaines, il avait eu le temps de mettre son actif à couvert ; s'il les appelait, c'était presque toujours dans son intérêt pour obtenir des remises. Il les appelait même aussi tard qu'il voulait ; car on ne tenait pas rigoureusement la main à l'exécution de la disposition de l'ordonnance qui prescrivait le dépôt du bilan, et néanmoins jusque là les créanciers ne pouvaient se réunir. Souvent un débiteur, même d'abord de bonne foi, effrayé de l'avenir de misère qui se présentait à lui, se trouvait ensuite tenté de profiter de ces retards pour se ménager des ressources. Tous ces inconvénients, tous ces abus avaient leurs racines dans l'imprévoyance de la loi, qui laissait le failli en possession. Ainsi la base du nouveau système est de l'exproprier à l'instant même de la dérouté. » (LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 62).

³⁶ S'agissant d'assurer un recouvrement efficace des engagements souscrits auprès d'une banque, Pictet n'envisage pas les autres causes de faillite : fuite du débiteur, apposition des scellés [à la demande d'un créancier] (art. 1^{er} du titre I de l'ordonnance de mars 1673).

³⁷ Ce délai est extrêmement court. Est-il praticable ? En tout cas, un rêve commun de Pictet et des auteurs du *Code de commerce* était de geler la situation du failli le plus vite possible : « si les créanciers pouvaient être assemblés à l'instant même de la faillite, il conviendrait de leur laisser prendre les mesures qu'ils jugeraient convenables ; mais cette réunion subite étant impossible, il ne reste plus qu'à établir un séquestre jusqu'à ce qu'elle puisse avoir lieu » (Séгур, dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 85). Le *Projet Gorneau* était moins ambitieux : généralement, les plus gros créanciers sont connus. Dans le *Projet Gorneau*, le débiteur devait aviser le *commissaire du gouvernement* dans les vingt-quatre heures, mais celui-ci effectuait seul les mesures conservatoires (apposition des scellés sur les magasins, meubles et effets du failli, inscription des hypothèques sur les immeubles, au reste sans la moindre portée pratique puisqu'elle ne donne pas aux créanciers plus de droits que le dessaisissement), puis dans les trois jours qui suivaient, le *commissaire du gouvernement* requérait la levée des scellés et l'inventaire des biens du failli en présence d'un délégué du tribunal. Puis, le failli faisait son bilan et convoquait, sous la surveillance du commissaire du gouvernement, les créanciers qui y figuraient (DUPOUY, p. 202-203).

³⁸ En déposant le bilan le failli se place sous la protection de *l'homme de la loi* ce qui le met à l'abri des poursuites individuelles des créanciers qui, autrement, auraient pu user de la contrainte par corps. Ici, Pictet parle seulement de la remise d'un *bilan*, également appelé *tableau* en raison de sa présentation, et non de la remise des *livres et registres* exigée des négociants, marchands et banquiers par l'art. 3 du titre XI de l'ordonnance de 1673, conformément au devoir d'information du failli envers ses

nécessaire³⁹. Il devrait, aussi de concert avec les créanciers, nommer un séquestre⁴⁰, auquel le failli devrait être obligé de remettre, par inventaire, tous

créanciers. Toutefois, il les mentionne un peu plus loin (v. n. 46 qui marque l'emplacement). Ces documents permettaient aux créanciers de se renseigner exactement sur la situation du débiteur, mais la prescription était peu respectée en pratique, parce qu'elle constituait une atteinte au secret des affaires. Or celui-ci est souvent la clé de la réussite. On comprend la réticence du débiteur à renseigner exactement au moins une partie de ses concurrents qui siègent dans le tribunal de commerce, surtout s'il était susceptible de se rétablir. Le bilan était un document ad hoc né de la pratique italienne, repris par la place de Lyon puis généralisé au Royaume de France dans lequel le débiteur présentait un *état détaillé* de ses affaires (art. 2 du titre XI de l'ordonnance de 1673). Il renseignait les créanciers sur la situation financière du débiteur sans tout dévoiler. Celui-ci inscrivait à l'actif l'argent en caisse, les marchandises, même celles non encore payées, et les créances. Au passif, il faisait figurer toutes ses dettes y compris les sommes dues à sa femme en vertu du contrat de mariage et les rentes constituées. L'ordonnance de 1673 exigeait que le document fût certifié véritable, c'est-à-dire que le débiteur attestât sous serment de la vérité du contenu (DUPOUY, p. 101-102).

³⁹ Selon cette procédure, le failli avait encore à disposition ses livres et registres. Ceci lui offrait une possibilité de fraude : le failli pouvait ajouter des créanciers comparses (v. n. 87) ou augmenter le montant de créances véritables au détriment d'autres. De même, le failli pouvait avoir déposé un bilan mensonger et mettre en conformité les livres qu'il détenait encore. Pour l'empêcher, l'art. 5 du titre III de l'ordonnance de mars 1673 prescrivait que « les livres journaux seront écrits d'une même suite, par ordre de date sans aucun blanc, arrêtés en chaque chapitre et à la fin, et ne sera rien écrit dans les marges. » Une déclaration du 13 juin 1716 exigea que lorsque ses livres seraient rendus au failli pour établir son bilan, après l'apposition des scellés (autre hypothèse de faillite que celle du protêt retenue par Pictet), ils auraient été préalablement *bâtonnés* par le juge pour empêcher tout ajout d'écriture (DUPOUY, p. 104-105).

⁴⁰ En ancien droit, la faillite entraînait le dessaisissement du débiteur de ses biens. De la sorte, le débiteur était mis de côté, avant même qu'un remplaçant lui eût été substitué. Cette solution était illogique. Pourtant Pictet la retient, et on la retrouve dans le *Code de commerce* de 1807. En ancien droit, la faillite résidait dans l'absence de portée pratique de la règle. Souvent, le débiteur restait en possession de ses biens, ce qui lui permettait d'organiser la fraude de tout ou partie des créanciers. Par exemple, il pouvait obtenir remise d'une partie de ses dettes en présentant aux créanciers une situation bien plus mauvaise qu'elle ne l'était. Le *Projet Miromesnil* ne remédiait pas à cet inconvénient. En 1801, les membres de la *commission d'un projet de code de commerce* avaient clairement conscience de la nécessité d'un contrôle efficace de l'autorité publique sur la procédure de faillite, d'où l'idée de Gorneau de créer un *commissaire du gouvernement* (v. n. 34) et de dessaisir le débiteur de l'administration de ses biens. Pictet propose de mettre un terme aux abus en mettant sous séquestre, sous la forme de la remise d'un inventaire, les biens en possession du débiteur. Naturellement, en fait, cette formalité laisse le débiteur libre de faire encore des opérations. Aussi, Pictet cherche à l'en dissuader par la menace de poursuite pénale pour banqueroute frauduleuse (v. n. 61). En droit, la solution du séquestre empêche le débiteur d'aliéner ses biens. Toutefois, elle ne résout pas tout : un séquestre n'est pas

les effets et marchandises qu'il se trouverait avoir entre les mains. On sent bien, sans que je le dise, que toute tergiversation du failli, toute réticence, toute soustraction d'effets ou de marchandises le mettraient dans le cas d'être déclaré banqueroutier frauduleux et poursuivi comme tel⁴¹.

Toutes les espèces de banqueroutes, de quelque nature qu'elles puissent être, peuvent se ranger sous quatre classes⁴². – Ou le failli est un homme de

un gestionnaire. Pictet prévoit que le débiteur restera le gestionnaire de ses biens, mais ne pourra faire d'opération que sur autorisation de l'*homme de la loi* et des créanciers (v. n. 55). Il y eut bien des hésitations sur ce point lors de la rédaction du Code de commerce de 1807. Ses rédacteurs écartèrent le séquestre en raison de son caractère contradictoire : le débiteur perd la disposition de son patrimoine mais il reste propriétaire, alors qu'il doit aller aux créanciers. Ils proposèrent que le failli perdît la propriété de ses biens : « Dans tous les cas, le failli ne doit plus disposer de l'administration de ses biens ; ils sont le gage et la propriété de ses créanciers » (SÉGUR, rapport au corps législatif le 3 septembre 1807 dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 542). Finalement il fut décidé que le failli perdrait seulement l'administration, ce qui laissait entier le problème de la gestion. On passa alors en revue toutes les solutions qui avaient été expérimentées sous l'Ancien Régime et dans d'autres pays. On écarta l'administration par les créanciers présents, parce que les créanciers absents auraient été sacrifiés. On songea à un curateur (Angleterre, Hollande, Gênes) qui se limiterait aux actes conservatoires en attendant que le tribunal choisît des syndics provisoires parmi les créanciers alors connus. Des syndics définitifs seraient nommés ultérieurement par l'assemblée complète des créanciers. En attendant, les syndics provisoires seraient placés sous la surveillance du curateur pour éviter qu'ils « ne cherchent à améliorer leur sort aux dépens des autres créanciers » (Créret, dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 66). Le curateur fut écarté parce qu'il avait laissé un mauvais souvenir là où il existait sous l'Ancien Régime. Nommé par les créanciers ou le tribunal au moment de la discussion des biens du failli, il était devenu incontournable et s'était mué d'auxiliaire en intermédiaire professionnel intéressé à faire durer la procédure (v. n 95). De plus, la chaîne curateur, syndics provisoires (nommés par les premiers créanciers connus et réunis) et syndics définitifs (nommés par l'assemblée de tous les créanciers, c'est-à-dire une fois la *masse* constituée) aurait été une source de longueurs. Finalement, les rédacteurs adoptèrent une figure nouvelle, le *juge commissaire*, c'est-à-dire un membre du tribunal, et non un fonctionnaire comme l'aurait voulu Gorneau, chargé de surveiller la procédure de faillite. Mais surveiller ne veut pas dire administrer le patrimoine du failli. Après débat, on retint la solution d'agents nommés par le tribunal qui pourrait les choisir parmi les créanciers.

⁴¹ La menace existait en ancien droit, mais elle était rarement mise à exécution. Pictet pense qu'elle sera prise au sérieux parce qu'elle sera à la diligence de l'*homme de la loi* et du tribunal pénal (v. n. 34 et 61).

⁴² L'établissement d'une typologie des faillites repose sur un choix difficile de critères. Pictet distingue quatre classes de faillis selon une typologie progressivement mise au point par la législation et la pratique : 1) L'homme de mauvaise foi qui manœuvre, parfois de longue date, pour flouer ses créanciers ; 2) L'homme sans principe qui s'est ruiné par luxe, dissipation et mauvaise conduite ; 3) L'imprudent qui a agi témérairement et a mal conduit ses affaires ; 4) Le malheureux, victime d'un revers de

mauvaise foi, qui soit avant, soit au moment, soit après sa banqueroute, s'est permis des manœuvres dans la vue de tromper ses créanciers. – Ou il est un homme sans principes qui, sans être précisément ce qu'on appelle un fripon, s'est ruiné par son luxe, ses dissipations et sa mauvaise conduite. – Ou il est un imprudent qui par des entreprises téméraires et mal-conduites s'est précipité dans l'abîme⁴³. – Ou enfin il n'est que malheureux, et son malheur est un de ces événemens que toute la prudence humaine ne saurait ni prévoir ni prévenir. Vous conviendrez sans doute, Monsieur le comte, que ces quatre cas diffèrent essentiellement et que suivant celle des quatre classes dans laquelle le failli se trouvera placé, il mérite un traitement essentiellement différent⁴⁴. Mais comment déterminera-t on, et qui déterminera dans chaque

fortune imprévisible. En réalité, la typologie se ramène à deux catégories : d'une part, la *faillite excusable*, d'autre part, la *faillite inexcusable* ou *banqueroute*. Les deux premiers types de faillites seront traités avec beaucoup de rigueur et leur procès civil devant le tribunal de commerce se doublera d'un procès pénal devant un tribunal correctionnel ou une cour criminelle, tandis que les deux derniers seront traités moins rigoureusement et ne seront pas poursuivis pénalement. Cette distinction était née de la pratique. Le *Projet Miromesnil* la reprend : « Article premier. Déclarons comprendre sous la dénomination de faillite la nécessité où se trouve un débiteur de bonne foi, ou par des accidents imprévus, ou par des malheurs, de demander à ses créanciers terme et délai pour payer ses engagements, ou remise d'une partie d'iceux. Et sous la dénomination de banqueroute, le cas où le débiteur enlève à ses créanciers, par sa fuite, par la soustraction et divertissement de ses effets, ou par quelque autre manœuvre, le gage de leurs créances » (*Observations générales sur le Titre XI de l'ordonnance de 1673 concernant les faillites et les banqueroutes* présentées par Tolozan, dans : LÉVY-BRUHL, *Un projet de code de commerce...*, p. 225). Lors de la rédaction du Code de 1807, Joubert proposa une classification tripartite : « il y a entre les causes de faillite des différences réelles, et sur lesquelles le législateur doit se régler. La faillite est quelquefois l'effet du malheur, quelquefois l'effet de la dissipation, quelquefois l'effet du crime. Le Code prussien a pu porter ces distinctions trop loin ; celle de la section [du Conseil d'État] sont fondées » (LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 79). Surtout, on relève une ressemblance entre ce passage de la lettre de Pictet et les rapports de Joubert, Ségur (LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 534 et suiv.) et Fréville (LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 571). Ces similitudes suggèrent l'usage de sources communes.

⁴³ Le vocabulaire employé par Pictet dans ce passage évoque le chapitre III du *parfait négociant* : « Que l'ignorance, l'imprudence et l'ambition des négociants causent ordinairement les faillites et les banqueroutes ». Suit une typologie des causes de faillite (éd. RICHARD, t. I, p. 240 et suiv.).

⁴⁴ Ségur exprime la même préoccupation : « Le législateur, en s'occupant d'une loi si grave se trouve entre deux écueils, qu'il doit également éviter : celui d'être trop sévère pour le malheur ou trop indulgent pour la mauvaise foi. Aussi la première question qui nous a occupé et celle dont la solution sert de base à tout le système est celle-ci : un négociant qui manque à ses engagements et qui fait faillite, doit-il être par sa faillite présumé frauduleux, ou considéré comme malheureux, jusqu'au moment où l'examen de tous ses livres et de toutes les créances aurait fait reconnaître la vérité ? » (rapport

cas particulier, à laquelle des quatre classes le failli doit appartenir ? C'est j'en conviens, ce qui peut paraître embarrassant ; voici cependant un moyen qui ne me paraît pas susceptible de beaucoup d'objections et qui, selon moi, concilie, autant que faire se peut, ce que l'on doit à l'intérêt des créanciers, à celui du failli et à la vindicte publique⁴⁵.

Aussitôt après la remise du bilan des livres, papiers et documens du failli⁴⁶, je voudrais que l'homme de la loi formât un tribunal, qui d'après un examen approfondi déterminerait dans laquelle des quatre classes il devrait être placé. Ce tribunal devrait être composé de douze personnes, dont six seraient nommées par l'assemblée des créanciers⁴⁷ et choisies à leur volonté, soit parmi eux, soit dans le corps des marchands et négociants, et six par le failli, mais toujours prises dans le corps des marchands et négociants⁴⁸, et de

au corps législatif le 3 septembre 1807 dans : LOCÉRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 541).

⁴⁵ Pictet rappelle ici les intérêts en présence : ceux des créanciers qui veulent récupérer le plus possible, celui du failli qui voudrait qu'on lui permît de se rétablir et la vindicte publique, c'est-à-dire l'intérêt de la Société à ce que les infractions soient sanctionnées. Ces intérêts sont tous respectables, mais sont contradictoires. Par exemple, si les créanciers acceptent de ne pas faire sanctionner l'infraction commise par le débiteur, celui-ci fera un effort supplémentaire pour leur donner satisfaction. Les défauts de la législation et de la pratique sous l'Ancien Régime tenaient à un mauvais équilibre entre les trois intérêts. Pictet en propose un qui ressemble beaucoup à celui du *Projet Gorneau*.

⁴⁶ Ici Pictet mentionne les documents exigés par l'art. 3 du titre XI de l'ordonnance de 1673 sur le commerce.

⁴⁷ Pictet est elliptique sur l'assemblée des créanciers et son rôle principal, à savoir la vérification des créances. Plus haut (v. n. 37), il dit que l'*homme de la loi* convoque les créanciers, mais il ne dit pas ce qu'ils font. Normalement, deux assemblées de créanciers se succédaient. La première était celle des créanciers connus dès l'ouverture de la faillite. Sa mission consistait à rechercher les autres créanciers. La seconde, la *masse*, rassemblait tous les créanciers du failli et nommait un syndic parmi ses membres. Ensuite, elle procédait à son activité d'instruction : vérification des créances et établissement de l'actif du failli. La valeur de l'assemblée résidait dans le contrôle réciproque des prétentions des créanciers. Mais en pratique, la procédure était souvent faussée. Le syndic « préparait » l'assemblée en négociant un accord seul à seul avec chaque créancier avant. Ceci fait, il convoquait l'assemblée *pro forma* : ses membres ne revenaient pas sur l'accord préalable que chacun pensait lui être le plus favorable. Pictet pense que la présidence de l'*homme de la loi* obligera à la régularité des opérations.

⁴⁸ Le commerce suit des pratiques et des usages différents de ceux des affaires civiles, ce qui, en France, a conduit à remettre le contentieux des affaires aux commerçants eux-mêmes. Cette attribution de compétence remonte aux *maîtres* ou *juges gardes des foires* du XIII^e siècle, devenus *juges conservateurs des privilèges des foires* de Champagne, puis de Lyon. A Paris, le *Parloir aux bourgeois* était initialement la juridiction de la *Hanse des marchands de l'eau* qui connaissait des affaires des marchands et bateliers opérant sur la Seine et ses affluents. La *Conservation des foires*

de Lyon servit de modèle aux juridictions consulaires établies par le roi de France. Par exemple, la juridiction établie à Paris en 1563 (ISAMBERT, XIV, 153) est constituée d'un « juge des marchands » et quatre « consuls des marchands » élus par les marchands bourgeois de Paris. Le mot « consul » est emprunté aux *consuls* des villes italiennes au Moyen Âge. A partir de là, les créations se multiplièrent (soixante-quinze à la fin de l'Ancien Régime). Les justiciables appréciaient leur procédure simple et rapide, leur esprit d'équité, leur connaissance des pratiques commerciales et leur faible coût. En revanche, les juridictions consulaires furent en butte à l'hostilité des juridictions ordinaires (v. n. 12). Le débat est toujours d'actualité. Pour rester dans les limites chronologiques usuelles de l'histoire du droit, on rappelle ici la position de THALLER. Dans son livre *Des faillites en droit comparé...*, t. II, p. 160, après avoir constaté que la connaissance des faillites relève du tribunal de commerce du domicile du débiteur, il écrit : « Convient-il de maintenir aux tribunaux de commerce une pareille attribution ? En toute sincérité, je ne le pense pas. La justice civile, à mon sentiment, réaliserait mieux la destination de la faillite, surveillerait les liquidations de plus près, en accélérerait la marche. » THALLER s'appuie, entre autres sur l'opinion de BÉDARRIDE (Jassuda), *Traité des faillites et banqueroutes ou commentaire de la loi du 18 mai 1838*, Paris, Aix, Durand, Makaire, 4^e éd. 1862, t. I, p. 6, n°5 : « il est une proposition dont beaucoup de gens reconnaissent la vérité, mais que bien peu osent encore soutenir ; c'est que tout ce qui concerne les faillites aurait dû, depuis longtemps, être rangé sous la juridiction des tribunaux ordinaires. Les faillites intéressent de trop près l'ordre public, pour qu'on puisse sans péril pour celui-ci, en abandonner la régie à des juges qui n'ont aucun pouvoir de répression. Il est vrai que cet état des choses date de loin et qu'il est fondé sur d'anciens usages ; mais quelque respectables, quelque légitimes, qu'aient pu être ceux-ci dans l'origine, nous ne croyons pas qu'on dût les suivre encore, lorsque la nécessité de les abandonner est imposée par les circonstances, et par les progrès toujours croissants dans les faillites. » Si la *Conservation des foires de Lyon* (nom local de la juridiction commerciale) connaissait des faillites et banqueroutes, leur traitement échappait d'ordinaire aux tribunaux consulaires. Le roi maintenait les juridictions consulaires sous forme de privilèges limités dans le temps et leur attribuait parfois compétence en matière de faillites et banqueroutes. Le projet Miromesnil pérennisait les juridictions consulaires et leur attribuait la connaissance des faillites, ce qui était un des motifs de l'hostilité du Parlement de Paris à son encontre. De nos jours, la France a des tribunaux de commerce, mais non la plupart des pays. A la fin de l'Ancien Régime, des voix s'élevaient pour mettre fin au système de la permanence des juridictions consulaires par renouvellement de leurs privilèges et donner compétence d'attribution stable aux juges consuls. La Révolution leur donna gain de cause en supprimant les juridictions de l'Ancien Régime et en maintenant les juges consuls parce qu'ils étaient élus. Pictet opte clairement pour une juridiction commerciale composée de professionnels. Ce choix entre en résonance avec l'organisation judiciaire russe. L'Empire russe était divisé en une cinquantaine de gouvernements subdivisés en districts (*Ordonnance sur les gouvernements* de 1775). Influencée par la lecture de Blackstone, Catherine II avait créé des tribunaux de classe. Chaque district comptait un tribunal pour les nobles, un tribunal pour les marchands et un tribunal pour les paysans libres. Chaque tribunal était composé de membres de la catégorie dont il devait juger le contentieux. En revanche, Pictet remédie aux critiques concernant les juridictions consulaires en proposant un durcissement du régime des faillites. Il se sépare nettement de

l'homme de la loi, qui présiderait le tribunal, en dirigerait les opérations, veillerait à ce qu'il ne se passe rien de contraire à l'ordre ni au but de son institution, et qui dans le cas de partage d'opinions, mais dans ce cas seulement, aurait une voix déterminante. Je vous le demande, Monsieur le comte, pensez-vous qu'un tribunal formé avec ces précautions, présidé par un magistrat qui aurait une réputation à conserver⁴⁹ et dont toutes les opérations pourraient et devraient être publiques⁵⁰, pensez-vous, dis-je, qu'un tel tribunal pût se rendre coupable de prévarications et ne vous paraît-il pas au contraire, qu'il rendrait et aux créanciers et aux faillis la justice la plus stricte ?⁵¹

l'ordonnance de 1673 et du projet Miromesnil, mais ses propositions ressemblent à celles du *Projet Gorneau* : 1) Pictet et Gorneau proposent une limitation drastique de la capacité du commerçant insolvable. Une cause de la faiblesse de l'ordonnance de 1673 était « l'imprévoyance de la loi qui, laissant le failli en possession de ses biens, met les créanciers à sa discrétion » (discours de Crétet au Conseil d'État) ; 2) Pictet prévoit l'encadrement des juges consuls par un professionnel du droit, *l'homme de la loi*, qui veillera au respect rigoureux du droit et de la procédure (v. n. 34), tandis que Gorneau propose la création d'un *commissaire du gouvernement* qui, sous la surveillance du tribunal de commerce, gèrera et administrera le patrimoine du débiteur insolvable ; 3) La loi pénale sera particulièrement dure pour les banqueroutiers et, pour y tenir la main, la connaissance des aspects pénaux de la faillite et de la banqueroute reviendra aux juridictions pénales (v. n. 61) ; 4) Pictet et Gorneau prévoient des délais très courts pour la déclaration de faillite.

⁴⁹ V. n. 73.

⁵⁰ Pictet insiste sur la nécessité de la publicité des opérations de faillite, parce que beaucoup de fraudes n'étaient possibles que dans le secret.

⁵¹ Pictet insiste sur l'honnêteté du tribunal, parce qu'il arrivait qu'on reprochât aux juridictions consulaires d'être peuplées de juges stables, donc incontournables, et par conséquent d'être exposés à des tentatives de corruption. La composition du tribunal est la clé de son fonctionnement correct, notamment lors la vérification des créances non honorées par le débiteur. Pictet est convaincu que sa composition, douze négociants et marchands, six nommés par l'assemblée des créanciers et six choisis par le failli, le mettra à l'abri des manœuvres frauduleuses. Il ne détaille pas ces dernières et ne parle pas de la vérification des créances. Or, une fraude très répandue consistait en la production de comparses faux créanciers et de fausses factures pour flouer les vrais créanciers. Il existait à Paris des agences de faux créanciers (v. le procès verbal de la séance du bureau du commerce du 17 février 1737, cité par DUPOUY, p. 105). Cette tricherie était d'autant plus facile que les créanciers du débiteur étaient inconnus des juges. Une déclaration royale française du 13 septembre 1739 constate le phénomène : « les abus et les fraudes qui se sont introduits depuis quelques années dans les bilans des négociants, banquiers et autres, qui ont fait faillite au préjudice des sages dispositions de notre ordonnance de 1673, et de nos différentes déclarations rendues à ce sujet, ayant causé dans le commerce un dérangement notable, nous avons cru devoir chercher l'origine de ce désordre, pour en arrêter le progrès, soit de la part du créancier, soit de celle du débiteur, l'un étant souvent simulé, et l'autre par des manœuvres aussi odieuses que criminelles, forçant les vrais créanciers à signer et accepter des propositions injustes. Et comme nous avons reconnu que ces abus viennent principalement de ce que par les procédures qui se font à l'occasion des

Dans le cas en effet où le failli aurait été placé dans une des deux premières classes, sans doute il devrait être emprisonné ; on pourrait même, sans de grands inconvénients, autoriser l'homme de la loi, dans le cas où il y aurait de violents soupçons de fraude ou de dissipation⁵², à faire donner au failli caution de sa personne et à le faire emprisonner s'il ne pouvait pas fournir une telle caution ; mais cet emprisonnement provisoire et de la nécessité duquel l'homme de la loi répondrait en quelque sorte sur son honneur⁵³, ne serait valide que jusqu'à la décision du tribunal. Placé dans les deux premières classes, l'emprisonnement serait continué et le failli serait écroué de nouveau ; placé dans l'une des deux dernières, la décision du tribunal serait l'acte de sa libération ; il serait libre sans que jamais et sous aucun prétexte, sa liberté pût lui être ravie pour cause de banqueroute.

Mais, me demanderez-vous sans doute, pourquoi emprisonner le failli même dans les deux premiers cas ? Quel intérêt y ont les créanciers ? Cet emprisonnement leur donnera-t-il un moyen de forcer le failli à les payer ? Permettez-moi de vous l'observer, Monsieur le comte, il y a ici deux intérêts très distincts, celui des créanciers et celui du public. Quant à l'intérêt des créanciers, on y a pourvu autant que faire se peut ; toutes les premières démarches de l'homme de la loi sont sans frais, la formation du tribunal est aussi sans frais et jusqu'à sa décision, il ne paraît pas qu'il puisse y avoir d'autres frais que la nécessité de pourvoir à la subsistance du failli (soit qu'il

faillites, les faux créanciers compris dans le bilan avec les légitimes, s'exposent plus volontiers à faire leur affirmation, parce qu'ils ne sont point connus des juges ; au lieu que s'ils paroissent devant les juges et consuls, qui par leur état sont plus particulièrement instruits des affaires du commerce, et de la réputation de ceux qui se disent créanciers, les bilans seroient examinés d'une manière à être affranchis de toute fraude... » (ISAMBERT, t. XXII, p. 126). La déclaration tente d'y remédier en exigeant qu'il y ait toujours parmi les commis à la vérification un négociant « du même commerce que celui qui aura fait faillite ; et devant lesquels les créanciers qui seront en faillite ou banqueroute seront tenus, ainsi que le débiteur, de comparaître et de répondre en personne » (DUPOUY, p. 106). Pictet renforce le procédé en proposant un tribunal de douze juges, dont six nommés par les créanciers et six par le failli. En réalité, la fraude était commise autrement : une très petite minorité de créanciers complices du failli nommait les commissaires. Ceux-ci, de connivence avec ceux-là, recouraient à divers procédés. Par exemple, ils escamotaient l'étape de la vérification des actifs et du passif du failli ou bien ils laissaient passer du temps pour aggraver la situation financière des vrais créanciers, puis convoquaient l'assemblée des créanciers. Ils poussaient alors les créanciers à faire des remises très avantageuses au débiteur, souvent de soixante-quinze ou quatre-vingts pour cent (DUPOUY, p. 109). D'où l'idée de Pictet de faire présider le tribunal par un *homme de la loi* intègre et spécialiste des questions de faillite.

⁵² En dépit de son hostilité à la contrainte par corps (v. n. 28), Pictet la maintient, comme toutes les législations, à l'encontre du failli fraudeur.

⁵³ V. n. 49 .

soit resté chez lui, soit qu'on ait jugé nécessaire de s'assurer provisoirement de sa personne)⁵⁴. Cette nécessité est urgente, j'en conviens, et il doit y être pourvu ; car je regarde comme indispensablement nécessaire, que dès que l'instant où un homme est en faillite, il ne lui soit plus permis de disposer et de faire usage de quoi que ce soit que du consentement de l'homme de la loi et des créanciers : toute contravention à cette règle me paraît devoir faire regarder le failli comme banqueroutier frauduleux⁵⁵.

A l'instant où le tribunal prononce et place le failli dans l'une des deux premières classes, les choses changent de face⁵⁶. Tous les biens du failli appartiennent à ses créanciers⁵⁷, qui doivent se les partager au marc la livre⁵⁸

⁵⁴ Une priorité de Pictet est d'établir une procédure de faillite aussi bon marché que possible, sans lui enlever son efficacité. Ici, il signale que la quasi-totalité des frais de poursuites seront à la charge de l'État. Pictet insiste (il aborde neuf fois la question des *fraix*) sur le caractère très bon marché pour les créanciers de la procédure de faillite qu'il propose : tous les actes de l'*homme de la loi* et les poursuites pénales seront à la charge de l'État (v. n. 61). Ailleurs, il veut que les procédures pour contraindre toutes les personnes qui ont des biens ou des marchandises qui doivent revenir à la masse, soient aussi peu dispendieuses que possible (v. n. 60). Au total, il ne reste plus guère aux créanciers que les frais de protêt et d'aliments du failli et de sa famille dans la mesure où la loi ne lui permettra plus de disposer lui-même de ce qu'il lui restera de ressources à cette fin. C'est une réaction contre une déviance de la pratique de son temps : les créanciers renonçaient souvent à poursuivre le débiteur en raison des frais qui leur incombait : à quoi bon engager des poursuites qui coûteront plus qu'elles ne rapporteront ? Pictet justifie son option en distinguant entre l'intérêt public dont l'État a la charge et l'intérêt des créanciers qui est de récupérer le plus possible de leurs créances. Les deux intérêts doivent être servis. Ségur s'en exprima ainsi en 1807 : « jusqu'ici les banqueroutiers ont été rarement punis : d'abord à cause des frais énormes qu'entraînaient les poursuites ; ils absorbaient quelquefois l'actif tout entier. Ensuite parce qu'on n'avait pas saisi tous les caractères de la banqueroute ; on ne s'arrêtait qu'à la fraude ; mais la banqueroute qui vient de la dissipation ne doit pas demeurer impunie. La section propose de la faire juger correctionnellement, c'est-à-dire dans des formes peu dispendieuses ; ce qui est le moyen d'en assurer le châtement » (LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 67).

⁵⁵ La mise sous séquestre du patrimoine du débiteur (v. n. 40) maintient le débiteur propriétaire de ses biens, mais l'empêche d'en disposer. Or, des actes utiles sont à faire : gestion, vente de produits périssables, opérations permettant des rentrées de fonds, etc. Pictet prévoit l'autorisation conjointe de l'*homme de la loi* et des créanciers pour éviter toute opération frauduleuse comme il s'en produisait en ancien droit.

⁵⁶ On aborde la seconde phrase de la procédure de faillite, celle de l'exécution qui, sauf concordat, répartit les actifs du failli entre les créanciers au prorata de leurs créances.

⁵⁷ Lors des discussions qui aboutirent au *Projet Gorneau*, il fut proposé que la faillite entraînât pour le failli la perte de la propriété de ses biens. La solution ne fut pas retenue, mais, nouvelle coïncidence entre sa lettre et le projet Gorneau, Pictet la propose en cas de banqueroute.

⁵⁸ Le partage de l'actif au prorata des créances dans le cadre d'une liquidation collective est une caractéristique de la faillite. Elle évite « la course au clocher » et la rigueur de

jusqu'à concurrence de leur créance si faire se peut et qui (si par impossible il se trouvait des biens au-delà) doivent remettre le dit surplus à l'homme de la loi, qui en disposera soit en faveur de la famille du failli, soit en faveur du fisc suivant la loi de l'état. On doit obliger tous les débiteurs du failli à s'acquitter entre les mains des créanciers⁵⁹. Tous ceux qui peuvent avoir des effets ou marchandises appartenants à la masse doivent les déclarer et les remettre, sous peine d'être déclarés complices de la banqueroute frauduleuse et poursuivis comme tels : les procédures pour y contraindre doivent être aussi promptes, aussi peu dispendieuses qu'il sera possible⁶⁰ ; étant du plus grand intérêt public, que les créanciers ne perdent que le moins possible et recouvrent aussi promptement qu'il se pourra, tout ce qu'ils sont dans le cas de recouvrer.

Quant au failli⁶¹, la décision du tribunal, qui l'a placé dans une des deux premières classes, en a fait un criminel. Que s'il n'est pas encore reconnu

la règle *iura vigilantibus, tarde venientibus ossa* des procédures civiles fondées sur la saisie individuelle à la diligence de chaque créancier.

⁵⁹ C'est la conséquence logique du transfert des biens du débiteur aux créanciers. En même temps, on évite des fraudes.

⁶⁰ V. n. 54.

⁶¹ Le débiteur doit préserver ce qui lui reste d'actifs en faveur des créanciers. Tout manquement à cette obligation constitue une infraction qui doit être sanctionnée. Sous l'Ancien Régime, cette tâche était souvent confiée aux juridictions consulaires, mais le système ne fonctionnait pas. Les juges consulaires refusaient de prononcer les sanctions pénales parce qu'elles étaient disproportionnées. Par exemple, l'art. 12 du Titre XI, *Des faillites et banqueroutes* dispose : « les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement, et seront punis de mort. » Les juges consuls ne voulaient pas infliger un châtement dont leur activité professionnelle leur faisait encourir le risque. Ils se remémoraient la phrase du Génois Casaregi (1670-1737) : *hodie sunt solvendo, cras vero non*. L'impunité de fait aggravait la situation. Les débiteurs malhonnêtes tablaient sur elle et en profitaient pour ruiner la masse des créanciers en lui imposant remise d'une partie, voire de la totalité, du passif. Ils mettaient ainsi leurs actifs dans leur poche ou celle de complices, puis ils utilisaient le capital ainsi gagné pour remonter d'autres escroqueries : « les faillites loin d'être un sujet de honte, étaient devenu un moyen de fortune, dont on prenait à peine le soin de déguiser la source » (Ségur, rapport au Corps Législatif, du 3 septembre 1807, dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 538). De plus, la peine infligée ne rapporte pas un sou aux créanciers. Or, ceux-ci se préoccupent avant tout de se dédommager le moins mal possible, et pensent aux relations fructueuses susceptibles de se rétablir, une fois le revers de fortune surmonté : « l'ordre public n'était pas plus garanti que la propriété particulière. La loi ne connaissait que le malheur ou la friponnerie ; elle présumait le malheur, il fallait prouver la fraude : le créancier en était chargé à ses frais. Il était naturel qu'il s'occupât plus de sa propriété que de sa vengeance ; aussi malgré la sévérité de la loi contre les banqueroutes frauduleuses, rien n'a été plus rare que son application, et certes rien n'était plus encourageant que cette impunité » (Ségur, dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 540-541). En France, le Contrôleur général des finances Laverdy, initialement avocat, puis conseiller au

légalement coupable de crime, il en est du moins accusé⁶². Comme tel, il est retenu dans les prisons ainsi que le serait tout autre accusé ; comme tel il n'a plus rien de commun avec les créanciers : c'est l'état qui poursuit sa condamnation ; c'est aux frais de l'état et à l'instance de l'homme de la loi qu'elle doit être poursuivie.

Sans doute on doit lui accorder, comme à tous les autres accusés, tous ses moyens de défense ; sans doute la procédure doit être instruite à charge et à

Parlement de Paris, proposa d'y remédier en attribuant cette compétence pénale aux juridictions pénales dont c'était la fonction ordinaire : « La banqueroute étant un genre de vol d'autant plus criminel qu'il renferme l'abus de confiance nécessaire dans le commerce, ne seroit-il pas juste d'ordonner qu'il seroit poursuivi dans tout le royaume à la requête du Ministère public sans aucun frais de la part des parties civiles ? Ce serait le moyen de diminuer le mal en mettant les parties intéressées, que le banqueroutier frauduleux a dépouillé de leur bien, en état de le poursuivre sans être obligées de faire des frais considérables, auxquels la plupart du temps, ils ne peuvent pas subvenir » (cité par DUPOUY, p. 197). Le projet Miromesnil a retenu cette solution : « art. 2. Le débiteur pourra être poursuivi à la requête d'un ou de plusieurs de ses créanciers, même à celle du ministère public, d'office, ou sur la dénonciation qui lui aura été faite en la forme ordinaire... ; art. 6. La poursuite sera portée devant le Juge royal du lieu où le débiteur accusé était domicilié, sauf appel en nos Cours, attribuant en tant que de besoin, audit Juge, tout pouvoir à ce nécessaire, et icelui interdisant à tous autres Juges » (LÉVY-BRUHL, *Un projet de code de commerce...*, p. 74, DUPOUY, p. 197). Pictet opte aussi pour donner compétence au juge pénal pour se prononcer sur les aspects pénaux des banqueroutes, tandis que le tribunal de commerce poursuivra parallèlement la liquidation de la faillite. Le *Projet Gorneau* fera le même choix. La raison donnée par Pictet et le *Projet Gorneau*, ainsi que le vocabulaire employé doivent être rapprochés : « L'objet du chapitre III a été d'empêcher que l'intérêt privé ne fût sacrifié aux soins de la vindicte publique et que la procédure correctionnelle ou criminelle ne retardât la marche des liquidations et ne nuisît à l'intérêt des créanciers » (cité par DUPOUY, *Le droit des faillites...*, p. 214). Outre le fait qu'elle empêchera toute connivence entre le débiteur et une partie des créanciers ou des comparses qui renonceraient à dénoncer l'infraction moyennant des avantages, elle permettra une procédure de faillite bon marché pour les créanciers, puisqu'il reviendra à l'État de supporter les frais de la procédure devant la juridiction pénale. En 1807, la *Commission du code de commerce* proposa en conséquence de transférer les attributions du tribunal de commerce à la juridiction pénale en cas de présomption de banqueroute, mais l'idée fut abandonnée « à bon droit » (THALLER, *Des faillites en droit comparé...*, t. I, p. 67). La proposition de Pictet évite le mélange des ordres civil et pénal : le tribunal de commerce reste compétent pour les questions civiles, tandis que la juridiction pénale reste dans le cadre de la répression des infractions et opère avec toutes les garanties accordées par la procédure pénale à un accusé. C'est la solution retenue en droit contemporain. Ex. : art. 163 et 164 du Code pénal suisse.

⁶² En 1807, Bigot-Préameneu proposa que « les fautes graves [du failli] donneront lieu à un examen, d'après lequel le tribunal renverra, s'il y a lieu le prévenu, soit devant un tribunal correctionnel, soit devant une cour criminelle » (LOCRE, *La législation civile...*, t. XIX, p. 69).

décharge. S'il se trouvaît que quelque fortes que fussent les présomptions qui ont pu déterminer l'homme de la loi et le tribunal à le placer dans une des deux premières classes, elles ne formassent pas cependant une conviction légale ; le tribunal qui aura à prononcer sur l'accusation peut, soit par un hors de cour, soit par un plus amplement informé, lui rendre la liberté en lui laissant toujours à gémir sur la note d'infamie que cette manière d'être acquitté laisse nécessairement après elle. Si par impossible bien loin d'être trouvé coupable, l'accusé démontrait qu'il n'a été qu'imprudent, ou malheureux⁶³ : alors sans doute il devrait être réinstallé dans celle des deux dernières classes, à laquelle il se trouverait appartenir, et en outre la justice et l'équité concourraient également à lui faire accorder des dommages et intérêts⁶⁴. Mais, si placé dans les deux premières classes, les chefs d'accusation étaient démontrés ; si les preuves de sa mauvaise foi ou de sa dissipation et de son inconduite étaient acquises et légales : homme de mauvaise foi, il devrait être puni comme voleur, n'ayant aucune espèce de vol aussi dange-reuse que celle-ci. Dissipateur ou homme sans conduite, il devrait être puni par une note d'infamie plus ou moins forte, même dans certains cas par une peine afflictive, suivant que le scandale de sa conduite, ses excès et ses extravagances paraîtraient exiger, pour l'exemple, une plus grande ou moindre sévérité.

C'est alors, si l'on pouvait être parfaitement sûr, que tous les banqueroutiers des deux premières classes n'auraient aucun moyen de se soustraire à la punition, qu'on se livrerait sans contrainte à toute la compassion que doivent inspirer les autres ; car, qu'on ne s'y trompe pas, si l'imprudent est blâmable, qui par ses entreprises téméraires et un désir effrené de gagner a renversé sa fortune et compromis celle de ses créanciers, il est encore plus à plaindre. Ces défauts que nous lui reprochons avec tant d'amertume, tiennent en grande partie à son organisation, à un sang plus ou moins bouillant, à l'éducation qu'il a reçue et qu'il ne s'est pas donnée, aux exemples dont il a été entouré, à l'esprit général de la ville où il est établi, et peut-être n'est-il aucun de nous, qui, placé dans les mêmes circonstances, ne se fût pas conduit comme lui. Sans doute le malheureux, c'est-à-dire celui qui n'a hasardé que sur des probabilités qui auraient déterminé tout homme de sens, mérite encore plus d'égards, mais l'un et l'autre en méritent. S'il était possible que les propositions du failli fussent toujours acceptées par ses créanciers, je croirais que dans les deux cas elles seraient le meilleur de tous les arrangements⁶⁵, et

⁶³ Si l'homme de la loi et le tribunal s'acquittent correctement de leur tâche, le cas ne surviendra pas.

⁶⁴ Il est très important pour une bonne reprise de ses affaires que la respectabilité du commerçant soit objectivement reconnue. Reste à savoir qui paiera ?

⁶⁵ En réalité, les créanciers n'avaient pas le choix pour les raisons qu'expose Pictet un peu plus bas (passage marqué par l'appel de n. 72). Le conseil est judicieux. Pictet y

en les remplissant exactement il devrait être libéré, sans que sous aucun prétexte, il pût être recherché pour ses anciens engagements⁶⁶, laissant

insiste de nouveau un peu plus loin (passage marqué par l'appel de n. 71). Comme aujourd'hui, une faillite qui débouchait sur l'*union* des créanciers pour le partage des épaves de l'actif au marc le franc était une solution coûteuse et de mauvais rendement. Aussi, des procédures de négociation entre le débiteur et ses créanciers apparurent dans le cadre des foires médiévales (Champagne, Lyon) et des cités commerçantes d'Italie du Nord. Leurs modalités variaient d'un lieu à l'autre. Certaines se déroulaient dans un cadre judiciaire, d'autres en dehors, avant l'ouverture de la faillite ou en marge. Ces dernières exigeaient l'unanimité des créanciers et s'analysaient comme des contrats régis par le droit des obligations et non par le droit de la faillite. Il en est de même aujourd'hui si un débiteur avant de se trouver en cessation de paiement négocie des rééchelonnements avec ses créanciers. Ces procédures hors tribunal avaient l'avantage d'être rapides et meilleur marché que celles conclues dans un cadre judiciaire, mais elles étaient critiquées parce que débiteurs et créanciers sans scrupules abusaient de l'absence de contrôle par une autorité publique. Par exemple, le débiteur ne présentait pas sa véritable situation, et certains créanciers obtenaient par contre-lettre des dividendes supérieurs à ceux des autres. Au contraire, le concordat accepté par une majorité de créanciers après examen des livres comptables et vérification des créances, puis homologation par le juge, offrait des garanties sérieuses. De plus l'homologation par le juge empêchait toute démarche ultérieure des créanciers, y compris des créanciers absents ou qui avaient refusé l'accord. Au XVIII^e siècle, ces institutions prirent le nom de *concordats amiables*. L'opération profitait à tous : les créanciers recevaient plus vite le meilleur dividende possible parce qu'à ce stade de la procédure de faillite, les frais étaient encore peu élevés et que le débiteur malheureux, anxieux de se sortir d'un mauvais pas avait fait la meilleure offre possible, au besoin en appelant à la rescousse sa famille et ses amis. De son côté, le débiteur au bénéfice de délais et remises était remis à la tête de son patrimoine et reprenait ses affaires dans des conditions acceptables, ce qui lui permettait de fournir ultérieurement des dividendes complémentaires. Enfin, on évitait le drame économique et social d'une fermeture d'entreprise (Pictet s'arrête un instant sur la question). Une variante du concordat amiable était le *concordat par abandon* : le débiteur ne demandait ni délais ni remises et n'était pas remis à la tête du reliquat de ses biens, mais il proposait de liquider tout l'actif restant moyennant décharge du surplus des dettes. En revanche, si le débiteur ne parvenait pas à tenir ses engagements, la porte de la faillite était de nouveau ouverte. On doit au droit anglais un système encore plus souple que le concordat amiable : l'*order of discharge*. L'institution était apparue au début du XVIII^e siècle quand la faillite changea de nature. D'instrument répressif, elle était devenue un moyen de permettre à un négociant en difficulté de reprendre son activité considérée comme d'intérêt public. Une fois les créances vérifiées, et l'actif du débiteur établi, et une partie du passif apurée, le juge avait le pouvoir discrétionnaire de décharger le failli du restant (LYON-CAEN (Charles), « Exposé de la législation anglaise sur la faillite », dans : *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XVII (1887-1888), p. 308).

⁶⁶ Pictet est d'avis que le passif est apuré, même s'il n'a pas été totalement payé. Deux raisons militent en faveur de cette solution : 1) La procédure est accélérée parce que les syndics et les autres autorités de faillite peuvent moins la faire traîner en prétextant la recherche d'autres avoirs du failli ; 2) Le failli a la perspective de retrouver un peu

simplement à sa délicatesse à remplir le vuide de ses affaires si jamais un retour de fortune et de nouvelles entreprises plus heureuses et mieux conduites le mettaient en état de payer⁶⁷. Que si les propositions du failli étaient rejetées, c'est alors le cas d'une discussion et d'une répartition au marc la livre, qui devrait toujours se faire sous l'inspection de l'homme de la loi, lequel devrait être informé de jour à jour par les créanciers de toutes leurs procédures⁶⁸ ; mais alors j'estime que la loi devrait accorder au banqueroutier imprudent un prélèvement de dix pour cent sur la totalité de son actif, et au banqueroutier malheureux un semblable prélèvement, mais de vingt cinq pour cent⁶⁹. Par ce moyen la proportion serait établie entre les deux cas ; l'un et

d'aisance sans être exposé à de nouvelles poursuites des créanciers désireux d'achever de se payer, au besoin en le ruinant de nouveau. Naturellement, l'application de l'adage « faillite sur faillite ne vaut », variante de *non bis in idem*, était dictée par l'idée que la faillite était un moyen de rétablir un négociant en difficulté. Il existait des solutions intermédiaires. Par exemple, le failli restait redevable du reliquat en cas de retour à meilleure fortune. D'autres systèmes juridiques réservaient à la masse un certain nombre de valeurs, par exemple celles qui étaient antérieures à la faillite, mais qui n'avaient été découvertes qu'après le concordat, ou les consignations antérieures à la faillite, mais qui venaient à être dégagées après la faillite (THALLER, *Des faillites en droit comparé...*, II, 290-297).

⁶⁷ En réalité, le failli devra payer lorsqu'il cherchera à se faire réhabiliter.

⁶⁸ Il s'agit de la liquidation de la faillite. Elle donnait lieu à beaucoup de fraudes soit du débiteur, soit des créanciers. Pictet y remédie en plaçant les opérations sous le contrôle de l'homme de la loi.

⁶⁹ Pictet applique l'idée que la faillite doit permettre au failli malheureux de se rétablir. En pratique on laissait à l'artisan ses instruments de travail. Ses gains lui permettaient d'indemniser ses créanciers plus complètement et d'assurer l'existence de sa famille. Cela faisait un misérable de moins à secourir. Pictet propose de généraliser la pratique, d'où l'idée du pourcentage accordé au failli. La *Déclaration en faveur des ouvriers et artisans du textile*, du 19 août 1704, participait déjà de cette idée : « voulons en cas de faillite par lesdits ouvriers et façonniers, qu'ils soient tenus de déclarer devant les juges consuls des marchands du lieu de leur demeure, ou de la ville la plus proche où il y en a d'établis, ou par devant un notaire du lieu de leur demeure, s'ils entendent continuer leurs manufactures, s'ils veulent garder le tout ou partie de leurs moulins, métiers et outils, ustensiles ou instrumens servant à leur profession, en conséquence de quoi lesdits moulins, métiers, outils, ustensiles et instrumens, ou la partie d'iceux que les faillis auront demandée, leur seront laissés par compte et par nombre, pour, après l'estimation faite, le prix en être payé aux créanciers indépendamment de tous autres accords ou contrats d'atermoiement ; savoir un tiers à la fin de la deuxième année, à compter du jour de l'estimation, ; le second tiers à la fin de la troisième année ; et le troisième tiers à la fin de la quatrième année ; et à faute de paiement par les faillis dans lesdits termes, les créanciers pourront faire vendre par vente forcée en justice lesdits moulins, métiers, outils, ustensiles et instrumens, lesquels pendant les quatre années ci-dessus marquées, pour le paiement du prix desdits métiers, moulins, outils, instruments et ustensiles, suivant l'estimation qui en aura été faite, ne pourront être engagés, déplacés ni vendus, sans le consentement desdits créanciers, à peine de punition corporelle contre le vendeur... » (ISAMBERT, XX, 453-455).

l'autre se trouveraient en état de recommencer à travailler, ou tout au moins à l'abri de cette misère momentanée qu'on supporterait avec fermeté si elle ne menaçait que nous-mêmes, mais qui, quand on la craint pour sa famille, ferait souvent oublier à l'homme le plus honnête ce que lui ordonnent ses principes⁷⁰. Objet important, que le législateur ne doit jamais perdre de vue, les loix devant toutes avoir continuellement pour but de prévenir les délits et par ce moyen éviter la nécessité de les punir.

Tels sont, Monsieur le comte, les principes d'après lesquels il me paraît que la législation sur les banqueroutes devrait être ordonnée ; j'ose prier Votre Excellence de les méditer, et je me flatte que vous ne disconviendrez pas qu'une législation, formée en conséquence, répondrait au but qu'on devrait se proposer. En effet, la certitude qu'auraient tous les marchands et négociants que toute lettre de change, tout billet à ordre, tout engagement de commerce, qui ne serait pas acquitté à son échéance, serait nécessairement et inévitablement protesté ; que ce protest les constituerait banqueroutiers ; qu'il nécessiterait la discussion et l'examen public de leur conduite et de leurs affaires : cette certitude, dis-je, ne serait-elle pas un motif plus puissant pour les engager à l'exactitude et à la prudence que la crainte de la contrainte par corps, de laquelle on espère toujours se mettre à l'abri ? Je suis si persuadé, Monsieur le comte, que les marchands et négociants trouveraient ce motif beaucoup plus pressant, que je craindrais plutôt qu'ils ne le trouvassent trop fort et qu'ils ne cherchassent à le faire envisager comme barbare et tyrannique ; mais si cela était, rien ne prouverait mieux la sagesse et la convenance de la mesure, et ce serait le cas de leur répondre avec Montesquieu que *l'intérêt général du commerce doit toujours et constamment l'emporter sur l'intérêt particulier du négociant*. D'ailleurs, et Votre Excellence n'aura pas de peine à s'en apercevoir, une législation calculée d'après les principes ci-dessus, préviendrait les abus énormes dont on se plaint aujourd'hui dans toutes les villes de commerce, qui font dire au négociant, mûri par l'âge et l'expérience, qu'il faut toujours et dans tous les cas accepter les premières propositions du failli⁷¹, telles qu'elles puissent être ; qu'honnête homme il offre certainement tout ce qu'il peut offrir ; que fripon il aura bien sçu s'arranger pour ne pouvoir pas être contraint à faire davantage⁷². Qu'arrive-t-il en effet, lorsque des créanciers, irrités de la modicité des propositions de leur débiteur et ayant de justes sujets de le soupçonner de mauvaise foi, se refusent à les accepter et prennent le parti ou de liquider sa masse, ou quelque fois même de le poursuivre ? Voit-on souvent des banqueroutiers frauduleux punis suivant la rigueur des

⁷⁰ V. le discours de Crétet sous la n. 35.

⁷¹ V. n. 65.

⁷² V. n. 65.

ordonnances ? Ne s'en trouve-t-il pas partout au contraire un très-grand nombre, qui insultent à leurs créanciers, se font un moyen de leurs vols et de ce qu'on leur connaît, pour se faire un nouveau crédit et recommencer de nouvelles affaires ? Les liquidations ont-elles pour les créanciers une fin plus consolante ? Les longueurs qu'elles entraînent, les frais qu'elles occasionnent, les procès qui en sont presque toujours la suite, ne finissent-ils pas presque toujours par absorber la masse, et ne voit-on pas continuellement, que conformément à la maxime ci-dessus, les créanciers ont eu tort de ne pas accepter les premières propositions qu'on leur a faites ? Cette maxime est donc vraie pour les créanciers, qui au fond n'ont d'autre intérêt en pareil cas, que celui de recouvrer de leur créance autant qu'il est possible ; pour qui la vindicte publique n'est que d'un intérêt très-secondaire, qui même par une pitié malentendue souhaitent souvent que le coupable échappe à la punition. Mais le gouvernement doit voir la chose sous un point de vue bien différent ; il lui importe, et il lui importe singulièrement, que tous les coupables soient punis ; et s'il est des coupables qui méritent le plus son animadversion, ce sont les banqueroutiers frauduleux et dissipateurs. Il n'en est aucuns des atteintes desquels il soit si difficile de se garantir ; le contrecoup de leur mauvaise foi se fait sentir dans une très-grande étendue, et il n'est aucun délit qui nuise autant que le leur à l'aisance publique et à la prospérité générale.

Ce n'est pas avec vous, Monsieur le comte, que j'ai besoin d'insister sur l'importance dont il serait pour la société qu'aucun coupable ne trouvât le moyen d'éviter la punition et de prouver combien une telle certitude diminuerait le nombre des délits ; j'ajouterai donc simplement, que peut-être jusqu'à présent n'a-t-on pas calculé avec assez d'attention les effets de la publicité et de la honte. Quant à moi, il me paraît impossible que l'homme de la loi, un magistrat qui dans une monarchie bien constituée sera toujours un homme bien né et d'un mérite reconnu, qui agit sous les yeux du souverain et du public, qui doit attendre sa fortune de sa réputation⁷³, pût ne pas regarder comme une des plus importantes de ses fonctions celle qui aurait pour but de faire classer les banqueroutiers, et de mettre les créanciers en possession de tout ce qui resterait au failli. Quant au tribunal à former pour chaque faillite, il me parût de même impossible qu'il ne rendisse pas au failli une justice stricte. L'amour propre, naturel à tous les hommes, les porte fortement à se rendre

⁷³ Pictet insiste à plusieurs reprises sur la probité de l'*homme de la loi* et du tribunal qu'il aura composé, comme s'il répondait à des objections déjà formulées à l'encontre de ce projet d'institution à l'époque où il écrivait la lettre (les appels de notes 49, 51, 53 marquent les passages). Ceci rapproche l'*homme de la loi* des critiques faites à l'idée de Gorneau d'un *commissaire du gouvernement* : des opposants s'inquiétèrent d'un fonctionnaire au pouvoir aussi étendu dont il lui serait facile d'abuser (v. n. 34). Cette coïncidence suggère également que Pictet avait connaissance de documents ignorés aujourd'hui (v. n. 12).

dignes de la confiance dont on les honore⁷⁴. Il n'est rien tel qu'un balay neuf, dit le proverbe. Si les juges se relâchent, s'ils deviennent prévaricateurs et corrompus, c'est qu'accoutumés à leur emploi, leurs passions et leurs intérêts ont eu le temps d'opérer. Le tribunal dont il est ici question, n'étant chargé que d'une affaire unique et se composant pour chaque banqueroute de personnes différentes, aurait tous les avantages des jurés anglais⁷⁵, sans avoir peut-être les mêmes inconvénients⁷⁶. Mais en voilà assez et peut-être trop sur cet article ; je passe à ce qui regarde les engagements des particuliers qui ne sont ni marchands, ni négociants.

D'après ce que j'ai dit sur les engagements de commerce, Votre Excellence devinera aisément que je suis encore moins pour la contrainte par

⁷⁴ Ce passage sur la tendance des hommes « à se rendre dignes de la confiance dont on les honore » rappelle que Adam Smith a initialement dû sa célébrité à son ouvrage sur la *Théorie des sentiments moraux* (1759). Il a été marqué par le *Traité de la nature humaine* (1738) de David HUME qui pensait que l'être humain était mu par son intérêt personnel, à savoir la recherche du plaisir et la fuite de la douleur, mais qui n'expliquait pas l'existence du sens du devoir. On trouve dans le *Système de la philosophie morale* (1755) de Francis HUTCHESON (1694-1759), professeur et prédécesseur de Smith à la chaire de philosophie de Glasgow, l'idée que l'homme a un sens moral qui le pousse à accorder de la valeur aux actions morales. Smith pense aussi que les satisfactions morales sont plus importantes que les satisfactions matérielles (DENIS, p. 177). Il essaye de dépasser les explications de Hume et Hutcheson en soutenant que l'homme a une sympathie naturelle pour autrui qui le pousse à essayer de gagner de l'estime. En réalité, cette idée est ancienne, et s'inscrit traditionnellement dans le courant moraliste chrétien.

⁷⁵ Montesquieu met également en avant la notion de jury populaire quand il présente la constitution de l'Angleterre, mais il ne traite pas que de ce pays, et dans une note il renvoie aux héliastes et aux dicastes athéniens à la fois juges et jurés. La phrase de Pictet peut être rapprochée de Montesquieu : « la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert... Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence » (*Esprit des lois*, XI, 6). Au XVIII^e siècle, il existait un important courant d'opinion en faveur de l'institution du jury anglais, par réaction contre les inconvénients de la procédure inquisitoire aux mains d'un juge professionnel : Beccaria, Voltaire, Condorcet. Ce courant triompha avec la Révolution. Deux lois très influencées par le modèle anglais introduisirent une procédure par jury en matière criminelle (CARBASSE (Jean-Marie), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, n^{os} 183 et 193).

⁷⁶ Jonathan Swift, dans *Les voyages de Gulliver* (1726) raille le système du jury qui peut être composé d'ennemis de l'accusé (KANE (Baydallaye), « Le procès de la justice anglaise du XVIII^e siècle dans Gulliver's Travels », dans : *XVII-XVIII. Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVII^e et XVIII^e siècles*, N^o30, 1990. pp. 65-84, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/xvii_0291-3798_1990_num_30_1_1185).

corps dans les engagements des particuliers. Je ne puis, en effet, l'envisager que comme un moyen ajouté à tous ceux qui résultent déjà de la nature des choses pour soustraire l'homme riche et accrédité à la puissance de la loi, pour précipiter le malheureux dans un abîme dont rien ne saurait le tirer, pour lui donner de nouvelles raisons de maudire l'instant de sa naissance, qui l'a placé dans une société dont toutes les institutions ne doivent lui paraître que dirigées contre lui. Il me serait aisé de prouver que cette assertion n'est point exagérée. Je pourrais faire voir, que par une suite de la nature de l'homme, des motifs qui le déterminent, des passions qui l'agitent, celui qui porte un certain nom, qui tient un certain état, qui a de certaines relations, élude constamment la loi, que sa rigueur ne tombe jamais sur des hommes de cette classe, qu'autant que, pendant une longue suite d'années, ils se sont permis un si grand nombre de bassesses ou plutôt de friponneries que les hommes les plus décriés n'osent plus même s'avouer leurs protecteurs ; qu'en général cette rigueur ne doit tomber et ne tombe en effet que sur le pauvre, qui, n'ayant que son travail pour pourvoir à sa subsistance et à celle d'une famille souvent très-nombreuse, ne peut pas éprouver une maladie ou manquer un certain tems de travail sans se trouver dans la cruelle nécessité de contracter des engagements, qui le mettent à la merci d'un créancier presque toujours nécessairement cruel et impitoyable⁷⁷. Mais avec Votre Excellence je ne dois me permettre rien de ce qui doit avoir l'air de la déclamation ; je m'arrête donc. Seulement je demande qu'on ne m'objecte pas que la loi de la contrainte par corps, en donnant aux prêteurs plus de sûreté, les rend beaucoup plus faciles, que par là elle favorise l'industrie, que sans cela la classe des indigents pour laquelle je parais m'intéresser, souffrirait tout autrement : parce que, dans ses besoins, l'indigent ne trouverait personne qui voulût lui faire la moindre avance. Si l'on me faisait cette objection, je répondrais que cette facilité à contracter des dettes dont on veut se faire un moyen, n'est à mes yeux qu'un abus et un abus infiniment dangereux ; qu'il est de l'intérêt de la société, qu'avant qu'il confie sa propriété, le prêteur (qu'il faut bien se garder de confondre avec l'homme charitable) soit tenu d'y regarder de près et de prendre des informations très-exactes, tant sur le caractère que sur les moyens de celui qui cherche à devenir son débiteur ; qu'il est important que l'idée du droit que lui donne la contrainte par corps n'aide pas le prêteur à se faire illusion sur les suites de l'affaire qu'on lui propose ; que les hommes qui paraissent avoir un état et quelque aisance trouveront toujours, pour peu qu'ils aient d'exactitude, tout le crédit qui peut leur être nécessaire ; qu'on peut s'en rapporter à cet égard au désir qu'a naturellement un marchand de vendre, à la nécessité même où il est de la faire ; que quant au pauvre et à l'indigent qui ne contracte des dettes que

⁷⁷ Pictet évoque ici les conséquences du prêt à la consommation. Le problème est toujours d'actualité.

quand il manque de travail ou que quelqu'accident imprévu vient déranger ses petites affaires, il vaudrait beaucoup mieux pour lui qu'il souffrît quelques momens plutôt les suites fâcheuses de sa situation, qu'il fût forcé de recourir d'abord à la charité publique ou particulière, que de trouver une ressource trompeuse dont les horreurs d'une prison sont la suite presque inévitable.

Cet inconvénient terrible n'a pas encore porté en Russie ses funestes conséquences, mais Votre Excellence est trop instruite pour n'en pas apercevoir la raison. Parmi vous l'industrie n'est encore qu'à son enfance, le nombre des artisans et des ouvriers n'est encore que très-petit, et son rapport à la totalité de la nation n'est rien par comparaison à celui qui existe dans les grandes nations commerçantes. Cet état des choses ne doit pas durer ; vous faites de trop grands progrès, votre marche est trop rapide, pour qu'on ne doive pas prévoir qu'un jour viendra, et ce jour ne peut pas être bien éloigné, où en Russie comme ailleurs on comptera par millions ces hommes qui, ayant quitté le travail pénible de l'agriculture pour la vie plus commode de l'industrie, n'auront d'autre propriété que leurs bras et quelques outils ; qui devront pour pouvoir vivre eux et leur famille, recevoir chaque semaine le modique salaire attaché à leur travail⁷⁸ ; qui n'auront pour fonds de leur subsistance que les capitaux appartenants aux entrepreneurs de tout genre, dont la manière d'exister ou plutôt l'existence elle-même dépendra du sort de ces capitaux ; qui, tant que ces capitaux augmenteront ils jouiront d'une sorte d'aisance qui dans ces circonstances rend leur état un des plus doux de la société ; qui, quand ces capitaux seront stagnants, quand chaque année nouvelle les verra ce que les avait laissé l'année précédente, ils souffriront et seront inévitablement réduits au plus étroit nécessaire ; qu'enfin, si jamais ces capitaux venaient à diminuer, à se dissiper, ou à être transportés ailleurs, ils tomberont nécessairement dans une misère inévitable, qui les fera périr par milliers ou qui tout au moins les empêcherait absolument de se reproduire⁷⁹. Sans doute, ce dernier état des choses n'est pas à craindre pour la Russie ; sans doute, tout porte à croire, tout démontre même qu'un pays neuf tel que la Russie, qui offre le champ le plus vaste à l'industrie et qui est éclairé par les lumières que l'expérience de plusieurs siècles a fait acquérir aux autres peuples, verra s'augmenter d'année en année, et même dans une proportion qu'il est difficile d'apprécier, ces capitaux qui partout et nécessairement sont la mesure de la richesse et de la puissance ; mais, quelque nombreux que soit en général dans un pays les capitaux destinés à alimenter l'industrie, quelque soit leur augmentation progressive, telles sont les fluctuations inséparables

⁷⁸ Pictet a sous les yeux les effets sur la condition ouvrière des fluctuations économiques et de l'industrialisation, d'où les phrases qui suivent. V. les n. 79 à 85.

⁷⁹ Pictet, d'une part, voit bien l'avenir industriel de la Russie et, d'autre part, soulève les problèmes toujours actuels de la délocalisation et de la concurrence internationale déjà exposés par Adam Smith.

d'un grand commerce et d'une industrie poussée très-loin, qu'il est toujours quelque branche qui souffre et qui languisse, soit par la rivalité des nations étrangères⁸⁰, soit par l'effet de quelque nouvelle invention, soit enfin, et c'est ici le cas le plus ordinaire, par une suite de ces variations presque incroyables qu'éprouvent les goûts et les fantaisies des consommateurs⁸¹. Si les ouvriers étaient sages, s'ils raisonnaient et savaient se plier aux lois de la nécessité, ils ne verraient pas plutôt languir et diminuer la branche d'industrie qui leur est propre, ils ne s'apercevraient pas plutôt que les capitaux qui l'alimentaient cherchent de nouveaux débouchés qu'eux-mêmes chercheraient dans les branches qui prospèrent et où l'on demande sans cesse de nouveaux bras, une ressource qu'ils y trouveraient sûrement ; mais outre que généralement partout et en Angleterre en particulier des lois absurdes de corporation, d'apprentissage et d'habitation empêchent les individus de passer librement d'un genre d'industrie à un autre, de quitter le lieu où une manufacture languit pour aller s'établir dans celui où prospère un autre genre d'industrie (abus, dont cependant j'ai à me persuader que la Russie saura se garantir)⁸² ;

⁸⁰ Au XVIII^e siècle, la grande industrie se développe, mais elle très sensible aux crises surtout après la signature du traité Eden (William) – Rayneval (Mathias Joseph Gérard de...) conclu le 26 septembre 1786 entre la France et l'Angleterre sous l'influence des idées d'Adam Smith. Il établit un abaissement progressif des droits de douane entre les deux pays. Il profite surtout à l'Angleterre qui a une grande avance technologique. En France, il causera la mise au chômage de milliers d'ouvriers et d'artisans (http://fr.wikipedia.org/wiki/Trait%C3%A9_Eden-Rayneval). « La maxime de tout chef de famille prudent est de ne jamais essayer de faire chez soi la chose qui lui coûtera moins à acheter qu'à faire. Le tailleur ne cherche pas à faire ses souliers, mais il les achète du cordonnier; le cordonnier ne tâche pas de faire ses habits, mais il a recours au tailleur; le fermier ne s'essaye à faire ni les uns ni les autres, mais il s'adresse à ces deux artisans et les fait travailler. Il n'y en a pas un d'eux tous qui ne voie qu'il y va de son intérêt d'employer son industrie tout entière dans le genre de travail dans lequel il a quelque avantage sur ses voisins, et d'acheter toutes les autres choses dont il peut avoir besoin, avec une partie du produit de cette industrie, ou, ce qui est la même chose, avec le prix d'une partie de ce produit. Ce qui est prudence dans la conduite de chaque famille en particulier, ne peut guère être folie dans celle d'un grand empire. Si un pays étranger peut nous fournir une marchandise à meilleur marché que nous ne sommes en état de l'établir nous-mêmes, il vaut bien mieux que nous la lui achetions avec quelque partie du produit de notre propre industrie, employée dans le genre dans lequel nous avons quelque avantage » (SMITH, RDN, IV, 3, éd. TREMBLAY, IV, p. 31).

⁸¹ Pictet passe du problème de la faillite aux problèmes sociaux générés par les entreprises en difficulté.

⁸² Comme Adam Smith et d'autres, Pictet critique le système des corporations de métiers et, d'une manière générale, le blocage de la Société qui en résulte (*La Richesse des nations*, I, X, 2^e section, p. 108-109 éd. TREMBLAY). En Angleterre, la situation la plus déplorable était celle des travailleurs agricoles. Au XVIII^e siècle, leur condition s'était considérablement dégradée. Il leur était interdit de quitter leur paroisse en quête de meilleure fortune dans le commerce l'industrie alors en pleine

telle est la nature de l'homme en général et de l'ouvrier en particulier que ce n'est que très-difficilement et avec une extrême répugnance qu'il se détermine à changer son train habituel, que partout et tous les jours on en voit une foule qui languissent, souffrent et périssent de misère, sans vouloir, quoiqu'on leur dise, essayer d'un nouveau genre, dans lequel d'abord ils gagneraient peu, j'en conviens, mais où chaque jour ils feraient des progrès qui les mettraient bientôt au niveau de ce qui leur est échappé⁸³. D'ailleurs il semble que la même manière de vivre donne aux ouvriers de tous les pays le même caractère et la même façon de penser : partout ils sont en général insoucians et sans prévoyance, vivant au jour le jour sans songer au lendemain et s'en embarrasser. Delà ces malheurs particuliers qui poursuivent les ouvriers dans les pays même qui offrent le plus d'ouvrage et où la main d'œuvre est le mieux payée : dépensant tout ce qu'ils gagnent et à mesure qu'ils gagnent, n'économisant jamais rien⁸⁴, qu'une maladie survienne, qu'ils

expansion. Le développement du système de l'*enclosure* a entraîné la disparition des divers privilèges qui leur permettaient de mieux subsister, comme la vaine pâture et le droit de cultiver un lopin de terre pour se procurer fruits et légumes. Les ouvriers de l'industrie avaient une condition à peine meilleure. Ouvriers et paysans se révoltaient de plus en plus souvent, mais leurs révoltes étaient vite et énergiquement réprimées. De ce point de vue, on peut rapprocher la situation des serfs russes de celle des ouvriers anglais (v. n. 6). La parenthèse de Pictet fait écho à la tentative d'introduire le libéralisme économique en Russie avec l'espoir que les dirigeants sauront éviter des conséquences aussi dramatiques.

⁸³ Pictet soulève ici le problème de la reconversion et de l'adaptabilité. Trente ans plus tard, dans les *Principes de l'économie politique et de l'impôt* (1817), David Ricardo (1772-1823) fera la même observation pour les investisseurs : « un guerre qui éclate après une longue paix, ou une paix qui succède à une longue guerre, occasionne en général une grande détresse dans le commerce. Ces événements changent considérablement la nature des emplois auxquels les capitaux étaient consacrés auparavant dans chaque pays ; et pendant que s'en opère le nouveau classement, le capital fixe dort, s'anéantit même parfois, et les ouvriers n'ont plus assez de travail. La durée de cette crise sera plus ou moins longue, selon le degré de répugnance que la plupart des hommes éprouvent à quitter le genre d'industrie dans lequel ils ont pendant longtemps été dans l'habitude d'employer leur capital » (cité par DENIS, *Histoire économique*, p. 319).

⁸⁴ Pictet critique le comportement des ouvriers, parce qu'il ne s'arrête pas au fait que leur salaire leur permet juste de vivre, mais pas d'épargner. Toutefois, le fait qu'il mentionne Smith sous-entend qu'une nation prospère doit avoir une population heureuse (v. n. 6 in fine), et qu'il appartient à l'État de prendre en charge les malheureux. Ce passage de sa lettre doit être rattaché au suivant qui montre qu'il avait pleinement conscience du problème social (v. n. 85). Le Genevois Sismondi sera le premier, une trentaine d'années plus tard, à étudier systématiquement cet aspect du développement économique après avoir vu les effets de la grande crise de surproduction de 1817. Frappé par le contraste entre la richesse croissante de l'Angleterre et la misère des ouvriers qui étaient pourtant à la base du progrès, il publia en 1819 les *Nouveaux Principes d'économie politique* publiés en 1819, dont la

soient pour quelques semaines hors d'état de travailler, ils s'endettent, n'y pensant pas d'abord, et à moins d'une sagesse infiniment rare dans cette classe du peuple, sont bientôt traînés dans une prison où la misère qu'ils éprouvent, les vices qu'ils contractent sont une punition qui n'a aucune sorte de proportion avec le défaut de caractère et le manque de conduite qui, dans le fait, sont les seuls reproches qu'on puisse leur faire.

Soyez en donc sûr, Monsieur le comte, un jour viendra où la Russie, comme tous les autres pays, fourmillera d'ouvriers, et ces ouvriers auront le caractère qu'ils ont partout. Comme homme d'état, vous devez le prévoir ; comme homme d'état, vous devez chercher à les garantir des suites de leur caractère. Si vous voulez qu'ils aient de la prévoyance, qu'ils ne dépensent pas mal à propos tout ce qu'ils gagnent, abolissez la contrainte par corps et, en ôtant ce véhicule à la confiance, en forçant celui à qui l'on demande du crédit d'user d'une grande réserve, apprenez au pauvre que s'il veut avoir des alimens, un logement, des habits, il faut qu'il ait de quoi les payer. Par-là, s'il en est un moyen, vous lui apprendrez la valeur de l'argent et le prix de l'économie, et si malgré le désir d'amasser qui en sera la suite, la modicité de son salaire, une maladie, d'autres accidens le mettent dans le besoin, je le répète, il vaut mieux qu'il souffre et soit forcé de se défaire du peu qu'il possède, il vaut mieux qu'il soit forcé de recourir d'abord aux hôpitaux⁸⁵ que

pensée est aux antipodes de son traité *De la richesse commerciale* (1803) qui était une « vulgarisation des idées de Smith » (DENIS, *Histoire de la pensée économique*, p. 356 et suiv.).

⁸⁵ Au XVIII^e siècle, le paupérisme est devenu un fléau européen, ce qui explique en partie la tournure que prendront rapidement les événements révolutionnaires. En France, on évaluait le nombre des indigents entre un sixième et un dixième de la population. Les progrès de l'agriculture et le développement des grandes exploitations sous l'influence des physiocrates entraînèrent une réduction de la population rurale dont les laissés pour compte allèrent grossir la masse des pauvres en ville. Les ouvriers agricoles étaient très misérables. La grande industrie naissante était très sensible aux crises. Ceci explique que Pictet peut facilement extrapoler à la Russie la situation de la France. Face à l'ampleur du phénomène, les moyens traditionnels d'assistance et de charité ne convenaient plus, notamment le « renfermement ». La pauvreté devint une question d'ordre public que l'État devait prendre en charge. Dès 1769, Turgot, alors intendant du Limousin, partit de l'idée que les pauvres valides n'avaient pas droit aux services gratuits, tels que ceux fournis par un hôpital aux personnes âgées ou malades, mais qu'il fallait leur offrir travail et salaire. C'était la première formulation du *droit au travail*. Devenu ministre, il put appliquer plus largement ses idées que d'autres partageaient. D'où une politique de grands travaux et la création d'ateliers de travail spécialisés, selon la règle de la division du travail, afin d'avoir une bonne productivité. Turgot avait l'intention de laisser aux ouvriers 1/5 du produit net, autrement dit une *participation aux bénéfices*. Pictet écrit au moment où circulaient beaucoup d'idées articulées autour de la *notion de service public*. On les retrouvera dans les cahiers de doléances rédigés pour les États généraux.

de contracter des dettes qui presque toujours complèteront sa ruine, sans que dans l'ordre naturel des choses il soit possible qu'il se rétablisse.

Mais si l'homme d'état doit prévoir les inconvénients de la contrainte par corps, s'il doit désirer qu'en général celui qui fournit aux besoins du consommateur soit infiniment circonspect, il ne sçait pas moins que la nécessité de faire des affaires, la concurrence de leurs rivaux, la nécessité de se procurer des chalands oblige les marchands à faire des crédits souvent très-longes et même pour des sommes considérables ; il sçait que ces dettes ne sont pas toujours exactement acquittées, que, soit par impuissance, soit par légèreté ou mauvaise foi, il arrive souvent qu'un malheureux créancier presse et sollicite inutilement son débiteur⁸⁶. Il n'ignore pas que c'est à des causes semblables que tient un grand nombre de faillites et, sentant vivement toute l'importance de prévenir un pareil désordre, combien il importerait et au marchand en particulier de pouvoir compter sur quelque chose de fixe et à tous les individus en général de pouvoir être sûrs que tous les engagements seront fidèlement et ponctuellement remplis, il cherche tous les moyens qui peuvent le mieux y conduire. Si, malgré tous ses efforts, il y aura toujours des abus, il cherche du moins à établir celle de toutes les règles qui en présente le moins. Sentant surtout l'extrême conséquence des exceptions et combien il importe que la loi soit une et commande généralement à tous les hommes, il cherche dans la justice, dans l'équité, dans la douceur même de la règle les moyens de la rendre inviolable et de faire rougir l'homme puissant si jamais il avait l'audace de demander qu'on la suspendît en sa faveur. Voici donc, Monsieur le comte, ce qui selon moi conduirait le plus sûrement à ce but.

Je vous ai parlé ci-dessus d'une maxime reçue en France, qui, je crois, serait utile dans tous les pays. Il en est une autre tirée aussi de la jurisprudence française que non seulement je regarde comme utile, mais que même j'admettrais sans aucune restriction : c'est celle qui, rejetant le serment et la preuve testimoniale, exige tout au moins un commencement de preuve par écrit, pour toutes les dettes qui excèdent 200 francs (environ cinquante roubles) et qui dans ce cas refuse toute action en justice au créancier qui n'a ni titre, ni billet, ou qui étant marchand ne peut pas prouver par des livres en règle, la légitimité de sa créance⁸⁷. Cette maxime étouffe

Le duc de La Rochefoucauld-Liancourt, président du *comité de mendicité* de la Constituante, insista sur l'idée de *responsabilité de la société* envers les malheureux. Toutes ces idées guidèrent les réalisations sociales des XIX^e et XX^e siècles (VILLERS (Robert), *De quelques services publics à la fin de l'Ancien Régime*, Cours de D.E.S., Paris, Les cours du droit, 1967-1968, p. 241-261).

⁸⁶ Pictet revient sur ce grave problème du débiteur riche et puissant qui tient son créancier à sa merci. V. n. 16.

⁸⁷ Dès le XIII^e siècle, le progrès du consensualisme, le développement des échanges commerciaux, le discrédit de la preuve par témoins, le perfectionnement du notariat et

dans leur naissance une infinité de procès. Elle remédie à l'abus des faux sermens et des témoins à gages, dont on se plaint avec tant de raison en Angleterre⁸⁸. Elle n'est point dure pour le créancier qui, la connaissant, a pu dans tous les cas exiger une reconnaissance ; qui, s'il n'en a point exigé, est sensé vouloir rendre un service gratuit et s'en rapporter à l'honnêteté de son débiteur. Une longue expérience en a prouvé l'utilité en France, et si je veux aller encore plus loin, si je demande que même en dessous de 200, même pour les plus petites sommes, il n'y ait d'action en justice que sur un titre par

le progrès de l'instruction firent inverser l'adage « témoins passent lettres » en « lettres passent témoins ». Au XVI^e siècle, Rabelais tourne le témoignage en dérision : « je vis près de *Oui-dire* un grand nombre de Percherons et de Manceaux bons étudiants et assez jeunes ; et quand nous demandâmes dans quelle faculté ils faisaient leurs études, on nous dit que pendant leur jeunesse, ils apprenaient à être des témoins, et qu'ils profitaient si bien de cet art que, sortis de là et revenus dans leurs provinces, ils vivaient honnêtement du métier de témoin, assurant un témoignage sur toutes choses à ceux qui donnaient le plus par jour » (RABELAIS, V, 30, dans : *Œuvres complètes*, éd. par DEMERSON (Guy), Paris, Seuil, 1973, p. 876 (l'Intégrale). LOYSEL, *Institutes coutumières* [nouv. éd. revue, corr. et augm. par Dupin et Laboulaye], Genève, Slatkine Reprints, 1971, n° 770, lui fait écho avec son célèbre « fol est qui se met en enquête, car qui mieux abreuve, mieux preuve ». La preuve écrite des contrats fut peut-être imposée à Gênes dès 1306. Dans le Midi de la France, la tradition héritée du droit romain, lui-même tributaire de la tradition hellénistique, était attachée à la preuve par acte écrit. Le Parlement de Toulouse obtint la généralisation de la règle à tout le royaume par l'art. 54 de l'*Ordonnance de Moulins* de février 1566 (ISAMBERT, *Recueil général...*, t. XIV, p. 203). Cette disposition fut élargie (le mot *contrats* fut remplacé par *actes*) par l'art. 2 du titre 20 de l'*Ordonnance civile tendant à la réformation de la justice* d'avril 1667 (ISAMBERT, *Recueil général...*, t. XVIII, p. 137) : « Seront passés par actes par devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. ». La fin de l'article rappelle le principe de la liberté de la preuve en faveur des négociants, mais, paradoxalement, ce sont eux qui avaient assuré le développement de la preuve littérale. L'exigence des ordonnances de 1566 et 1667 a favorisé le développement de l'écrit dans tous les domaines et diminué le nombre des procès en vérification de dettes, ce qui explique que Pictet lui consacre un passage de sa lettre. Aujourd'hui, elle figure à l'art. 1341 du *Code Napoléon*. Le montant a été révisé au fil des siècles. Sur l'histoire de la preuve littérale : LÉVY (Jean-Philippe), « coup d'œil d'ensemble sur l'histoire de la preuve littérale » (1987), dans : *Diachroniques. Essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, Paris, Éditions Loysel, 1995, p. 115-136).

⁸⁸ Il n'y avait pas qu'en Angleterre. L'art. 54 de l'ordonnance de Moulins n'a pu éviter bien des abus.

écrit⁸⁹ ; si par là je parais négliger l'intérêt de ces petits détailliers, si utiles, surtout dans les grandes villes, qui n'ont et qui ne peuvent avoir de livres, c'est que j'estime qu'il serait infiniment avantageux pour eux et pour la basse classe du peuple avec laquelle ils ont principalement à traiter, qu'ils sentissent la nécessité d'une très grande circonspection et qu'ils ne vendissent pour ainsi dire qu'au comptant. Par-là on leur éviterait un grand nombre de difficultés et de disputes. On leur ôterait, ce qui est un très-grand point, la tentation de faire des friponneries en leur en ôtant les moyens. Le bas peuple de son côté s'accoutumerait à cette régularité, à cette exactitude que j'ai prouvé lui être si nécessaire. Si, comme je n'en doute pas, il en résultait quelque inconvénient pour les détailliers, si quelque fois ils étaient la dupe de leur confiance, ou je connais mal la nature humaine, ou je crois pouvoir affirmer, que ces inconvénients seraient très rares, qu'ils n'arriveraient pas plusieurs fois aux mêmes individus, auxquels une ou deux leçons suffiraient certainement pour leur donner toute la circonspection nécessaire.

Je viens de dire que les livres d'un marchand formaient un titre, un commencement de preuve par écrit⁹⁰, qui devait avoir en sa faveur toute la force d'un engagement direct ou d'une reconnaissance. Cette maxime est une suite nécessaire de la nature des choses, des rapports indispensables qui se forment entre le fournisseur et le consommateur. Comme les livres des marchands ne pourraient et ne devraient avoir cet effet qu'autant qu'ils ne seraient tenus en règle et conformément à la loi, elle aurait cet avantage, qu'elle obligerait le marchand de se faire un devoir de cette régularité. Mais comme dans la nature des choses il n'est rien qui n'exige des modifications ;

⁸⁹ La règle de l'article 54 connaissait de multiples exceptions dont le nombre augmenta au fil des siècles. En matière commerciale, par exemple, la preuve resta toujours libre. Par son silence, Pictet les écarte. Son idée de généraliser la règle lui est inspirée par l'expérience : en pratique, il était difficile d'établir une créance non constatée par écrit ou d'obtenir l'annulation d'un droit constaté par écrit. Cette difficulté de la preuve non écrite explique le développement actuel du formalisme indirect.

⁹⁰ La pratique avait introduit des exceptions à l'exigence de la preuve écrite (v. n. 87), notamment en créant le *commencement de preuve par écrit*, c'est-à-dire « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347 du *Code Napoléon*). L'ordonnance civile de 1667 l'avait retenu : 1) titre XX, art. 3 : « n'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire en cas d'incendie, ruine, tumulte et naufrage, ni en cas d'accidents imprévus, où on ne pourroit avoir fait des actes, et aussi lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit » ; 2) titre XX, art. 5 : « Si dans une même instance la partie fait plusieurs demandes, dont il n'y ait point de preuve ou commencement de preuve par écrit, et que jointes ensembles elles soient au-dessus de cent livres, elles ne pourront être vérifiées par témoins, encore que ce soit diverses sommes qui viennent de différentes causes en différens temps, si ce n'étoit que les droits procédassent par succession, donation ou autrement de personnes différentes » (ISAMBERT, *Recueil général...*, t. XVIII, p. 137).

comme il importe que les engagements aient un terme ; que les billets, les lettres de change elles-mêmes sont et doivent être sujettes à la prescription : je voudrais par une suite du même principe, que les livres des marchands ne produisent cet effet que pendant un an ; que dans le douzième mois à compter de la date d'un compte ouvert pour marchandise fournie, le marchand fût tenu, soit de faire arrêter son compte par son débiteur et de s'en faire faire une reconnaissance, soit, sur le refus du débiteur, de se pourvoir pardevant le juge, qui (sans frais ou du moins avec le moins de frais possibles, parties ouïes ou même par défaut si le débiteur cité légalement se refusait de comparaître, mais toujours après un examen préalable des livres des marchands trouvés en règle) devrait lui faire expédier un acte portant condamnation à payer, lequel deviendrait son titre et lui tiendrait lieu de reconnaissance⁹¹.

Tels sont, Monsieur le comte, les préliminaires généraux, que je n'ai expliqué qu'à cause de leur généralité même et parce qu'ils s'appliquent à tous les cas. J'irais au-delà du but que je me suis proposé, si j'entrais dans l'examen des différentes manières de contracter des engagements, des règles à observer pour qu'ils soient valables, des effets qu'ils doivent produire, des moyens de prévenir les abus. Ce sont là des détails sur lesquels l'homme d'état trouvera des lumières dans tous les livres de jurisprudence. Je dois supposer l'engagement contracté, la dette reconnue et prouvée. Ce qui doit m'occuper, ce sont les moyens à prendre pour forcer le débiteur à payer. Pour faire rentrer le créancier dans sa propriété, le plus sûrement, le plus promptement et avec le moins de frais possibles, ces moyens doivent avoir la justice et l'humanité pour base ; l'intérêt même du créancier demande que le débiteur soit traité avec beaucoup de ménagement. Quelques réflexions m'aideront à développer à Votre Excellence mes principes sur cet objet.

⁹¹ Il arrive que le commerçant ait besoin d'avoir écoulé une partie de la livraison pour régler son fournisseur. Il existe un délai usuel de règlement, variable suivant les professions. Conformément à la pratique, Pictet estime que la plupart des affaires sont réglées sur une période comptable d'un an. Au-delà, on présume que la dette a été acquittée d'une façon ou d'une autre, par exemple par compensation, et que l'écriture comptable n'a pas suivi, par erreur ou manque de temps. Le créancier ou le débiteur retardataire éveille la suspicion d'une manœuvre déloyale à l'encontre du partenaire. D'où la sanction de la prescription extinctive ou libératoire, c'est-à-dire généralement de la paralysie du droit d'agir en justice, beaucoup plus rarement de l'extinction de la créance elle-même. Habituellement, la dette subsiste à titre d'obligation naturelle et, en pratique, le négociant qui entend poursuivre des relations d'affaires, devra finalement s'exécuter. Sur la prescription en droit suisse contemporain : PICHONNAZ (Pascal), art. 127 et art. 128 CO, dans : PICHONNAZ (Pascal), FOËX (Bénédict), éd., *Code des obligations I. Art. 1-529 CO*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2^e éd. 2012 (Commentaire romand).

Les hommes qui, malgré toutes les sollicitations de leurs créanciers, ne s'acquittent pas et se laissent poursuivre en justice, peuvent en général être rangés sous deux classes : ou ils ont une propriété ou un revenu quelconque et s'ils ne payent pas, c'est mauvaise volonté ou inconduite (c'est qu'ils ont fait plus de dépense que leurs revenus le permettent) ; ou ce sont des hommes sans principes, et malheureusement il n'en est que trop de cette dernière espèce, qui, ayant conservé l'extérieur d'une ancienne aisance, ou sans en avoir jamais eu, ayant trouvé le moyen de s'en donner l'apparence, s'en servent pour faire des dupes et pour vivre dans la société sur le pied auquel il n'ont aucun droit. Dans le fait, les hommes de cette dernière espèce ne méritent aucune compassion, surtout quand, comme cela n'arrive que trop souvent, ils se sont fait un plan suivi de fraudes et de tromperies. Si l'on n'écoutait que le mépris qu'ils inspirent, on ne craindrait pour eux ni la prison, ni aucune des suites funestes qu'elle entraîne. Mais, outre qu'il serait infiniment difficile et par conséquent dangereux de vouloir faire pour cette classe un règlement particulier, on est encore arrêté par le grand nombre d'individus, qui réellement et dans le fait semblent y appartenir, qu'il serait absolument impossible d'en distinguer et qui cependant méritent quelques égards, parce qu'ayant reçu une éducation honnête, n'étant pas sans élévation et sans sentiment, ils ne se trouvent réduits à un état si abject que par des imprudences, des étourderies de jeunesse, souvent même des malheurs et qu'ils n'y persistent que par une suite de cette indolence, qui nous porte, sans savoir pourquoi, à espérer un avenir plus heureux, de cette vanité qui nous fait regarder comme des besoins indispensables les aisances dont nous avons l'habitude ; de ce manque d'énergie si commun et si général chez tous les hommes, qui leur fait envisager comme impossibles et impraticables des moyens de se tirer d'affaire, que l'homme ferme, vraiment sensé et qui aurait des principes, embrasserait avec joie, quelque pénibles, quelque difficiles qu'ils pussent être et dont il s'honorerait bien loin de s'en croire avili. Il me paraît donc que les hommes de cette classe ne doivent pas être soumis à la contrainte par corps, parce qu'enfin, quelque vils, quelque abjects qu'ils soient, il faut leur laisser les moyens de revenir à eux-mêmes et de se procurer par leur travail la subsistance qui est nécessaire ; que seulement on doit donner à leurs créanciers le droit de saisir, dans tous les tems et dans tous les lieux, tous les effets, quelque en soit la nature, qui peuvent leur appartenir ou qu'ils pourront acquérir, les soumettant en outre à l'inspection de la police, qui dans certains cas et lorsque ils se seront permis certains tours d'adresse, qui ne leur sont que trop ordinaires, devra les punir par quelque-unes de ces peines correctionnelles qu'elle a à sa disposition.

Quant à ceux qui ont une propriété ou un revenu quelconque et qui soit par mauvaise volonté, soit par inconduite ne remplissent pas leurs engagements ; ou, en contractant une dette, ils ont hypothéqué quelque partie de leur

propriété, et alors le juge doit sans difficulté forcer le débiteur à remplir dans toute leur étendue les termes de l'engagement qu'il a consenti ; ou, sans entrer dans des engagements particuliers, ils ont simplement abusé de la confiance qu'ils ont pu inspirer aux différentes personnes qui ont fourni à leurs consommations : appelés devant le juge et requis de remplir un engagement prouvé, il me paraît qu'on devrait d'abord leur accorder des termes pour s'acquitter, termes qui ne devraient avoir qu'une certaine latitude, prescrite et déterminée par la loi et à l'échéance desquels, s'ils y manquaient, ils devraient être poursuivis de nouveau et cités devant le juge, qui alors devrait faire saisir et anotter leurs biens et leurs revenus de toute espèce, mais avec la précaution de rendre la poursuite connue, soit en l'annonçant dans les papiers publics⁹², soit de quelque autre manière, en donnant un certain tems à tous ceux qui pourraient avoir une prétention sur la même personne, pour se présenter, faire constater leur créance et se joindre au premier poursuivant⁹³. Par ce moyen tous les créanciers du même homme seraient connus, on pourrait leur rendre à tous une justice égale et impartiale. Comme tous les biens du débiteur auraient été saisis et anottés, il serait aisé de voir en en comparant le montant à la totalité des créances, si, en privant le débiteur d'une partie de son revenu et en ne lui laissant que ce qui lui est indispensablement nécessaire pour pouvoir vivre, il y aurait moyen de satisfaire tous les créanciers en un certain nombre d'années ; auquel cas ce parti le plus doux et le plus équitable de tous serait toujours celui qu'il faudrait préférer, et l'on ne devrait en venir au parti violent de vendre les biens du débiteur et d'en distribuer le montant à ses créanciers, que dans le

⁹² Le tribunal de commerce doit faire connaître sa décision de liquidation du patrimoine du débiteur à tous les créanciers. Un abus de l'ancien droit était le manque de diffusion de l'information qui permettait à quelques créanciers de se dédommager sur le dos des créanciers absents ou inconnus. La notoriété de la faillite est un moyen de lutter contre les fraudes. Pictet propose le recours à l'annonce officielle, qui vaudra signification à tous, et écarte la présomption d'ignorance des créanciers absents et des tiers, même de bonne foi, qui traiteraient après avec le failli. Elle suppose une bonne organisation de la publication des annonces légales. Or, l'ancien droit laissait à désirer sur ce point. Elle complètera la surveillance efficace de la procédure par l'*homme de la loi*. La publicité des faillites est passée en droit contemporain.

⁹³ C'est le seul passage où Pictet mentionne la vérification des créances. Or, elle était l'occasion de multiples fraudes : « autrefois, les premiers venus, se disant créanciers, nommaient des syndics ; et je crois vous [les membres du corps législatif] avoir prouvé combien cette première imprudence avait été favorable à la mauvaise foi et funeste pour ses victimes » (Séguir, rapport au corps législatif le 3 septembre 1807 dans : LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 546). L'opération va de soi et Pictet pense que la présence de l'*homme de la loi*, la composition du tribunal, le court délai et la menace faite aux complices de poursuite pour banqueroute frauduleuse qu'il propose empêcheront les malhonnêtetés. Pour les mêmes raisons, Pictet ne mentionne pas la période suspecte qui était le siège de multiples fraudes.

cas où il serait bien prouvé, qu'il est impossible que les revenus puissent suffire pour les satisfaire, et qu'il ne reste que cette triste et malheureuse ressource.

Tels sont en général, Monsieur le comte, les principes d'après lesquels il me paraît que le législateur devrait statuer sur la matière des dettes. Si je n'entre pas dans de plus grands détails, c'est qu'ils me paraissent inutiles, ce que j'ai dit indiquant suffisamment l'esprit dans lequel une pareille législation devrait être envisagée. Le grand point est de se garder d'une rigueur mal entendue, qui, je ne saurais trop le répéter, ne tombant jamais que sur les faibles et les petits les expose à des malheurs qui n'ont aucune proportion avec l'espèce de leur délit. Il est aussi de première importance, et j'ose croire que Votre Excellence le sentira aisément, de donner au prêteur une sorte de défiance, qui l'engage non seulement à prendre des informations sur le caractère moral, la conduite et les facultés de la personne qui voudrait devenir son débiteur, mais aussi à s'arrêter et à ne pas aller trop avant avec une seule et même personne ; et si, malgré ces précautions, il se trouve des individus, et sans doute il s'en trouvera toujours, qui, ayant le secret d'inspirer de la confiance, dépenseront plus que leur revenu, plus même que la totalité de leur bien ne le leur permet : il faut sans contredit que, s'il est possible, le créancier soit payé, qu'il ait des moyens prompts et faciles d'obtenir justice. Mais pourquoi ôter à un homme son fonds lorsque ses revenus peuvent suffire, lorsque des privations de quelques années peuvent le remettre dans cet état d'aisance que son inconduite lui avait fait perdre ? Pourquoi, lorsqu'un homme n'a rien, lui ôter encore sa liberté et par là le priver des moyens de vivre et de gagner de quoi satisfaire son créancier dans un autre tems ? Ce que l'intérêt du créancier exige, ce qui est de la dernière importance pour le bien de la société, c'est que la loi statue d'une manière plus claire et plus précise sur la procédure à suivre, qu'il soit impossible d'en arrêter ni d'en retarder la marche par ces subtilités de formes qu'à la honte de la raison humaine se sont introduites partout ; c'est que cette procédure soit aussi simple, aussi courte que la nature de la chose le comporte ; qu'elle entraîne le moins de frais possible, et qu'ainsi soient frustrés de leur attente ces harpies sans nombre qui, sous le nom d'avocats, de procureurs, de solliciteurs⁹⁴ et d'huissiers, assiègent les tribunaux et ne paraissent offrir aux créanciers et au débiteur une main secourable, que pour mieux dévorer la substance de l'un et de l'autre⁹⁵ ;

⁹⁴ L'anglais a conservé le mot *solicitor*.

⁹⁵ Le vocabulaire est violent, à la hauteur des multiples abus. Les membres de la commission qui élaborait le *Projet Miromesnil* étaient défavorables au recours au ministère d'avocats, procureurs et autres gens de justice, mais l'art. 15 du titre sur les faillites et banqueroutes ne vise que les procureurs : « Voulons que dans les faillites et banqueroutes, les parties ne puissent pas se servir du ministère des procureurs » (LÉVY-BRUHL, *Un projet de code de commerce...*, p. 233). La raison avancée était

qu'en matière commerciale, la justice devait être rapide et bon marché. Pictet prend clairement position contre l'intervention des auxiliaires de justice. On leur reprochait d'être les complices des malhonnêtetés auxquelles des créanciers et des débiteurs sans scrupules se livraient à la faveur des faillites. Le Conseiller d'État Ségur l'explique au corps législatif le 3 septembre 1807 : « Les syndics, choisis dans les premiers moments de la faillite, quelquefois par des créanciers supposés, souvent par des amis ou parents du failli, presque toujours par un petit nombre de créanciers présents, qu'on désintéressait aux dépens des absents, déguisaient les malversations du failli, la vraie situation de la faillite, et forçaient les créanciers découragés à des traités désastreux, dont l'effet était d'ôter au banqueroutier la honte, à ses victimes les trois quarts de leur propriété, et de laisser au débiteur les moyens d'afficher un luxe insultant. Si le traité n'avait pas eu lieu par la résistance de quelques créanciers indignés, l'union se formait, mais les liquidations étaient livrées à des hommes qui trouvaient leur intérêt à les éterniser ; aucune autorité ne les surveillait et les créanciers fatigués par des lenteurs interminables, finissaient par renoncer à un espoir qu'aucune répartition ne soutenait » (LOCRÉ, *La législation civile...*, t. XIX, p. 540). A la fin du XIX^e siècle, Thaller dénonce encore les procédés par lesquels la vérification des créances, qui aurait dû être une pièce maîtresse de la procédure de faillite, pouvait être dévitalisée parce que le recours à des intermédiaires (fondés de pouvoirs, agents d'affaires) annihilait la confrontation entre les créanciers. Au lieu de se rendre personnellement aux convocations, les créanciers mandataient des agents d'affaires : « ceux-ci, guettant les occasions de prêter leur concours, on sait à quel taux, ne se font pas faute, quand une liquidation s'ouvre dans une ville, d'aller au-devant des créanciers et de racoler leurs signatures. Une fois porteurs des pièces, ils savent pratiquer la mise à raçon. Rien n'est plus fréquent que de voir un même mandataire réunir en ses mains les pouvoirs de plusieurs et même de nombreux ayants droit. On ne peut espérer qu'un procureur, obligé de soutenir à la fois les intérêts de tous ses mandants, conteste en assemblée la préférence de l'un au profit de des autres. Ce serait manquer à l'engagement qu'il a pris vis-à-vis de la clientèle » (THALLER, *Des faillites en droit comparé...*, t. II, p. 239). De plus, les agents d'affaires évitaient de se contredire, et il pouvait arriver qu'ils fussent de connivence avec le syndic. Au total, le mandataire était l'adversaire du mandant. Le phénomène se retrouvait dans d'autres pays et à d'autres époques. Par exemple en Angleterre. En principe, les créanciers et le débiteur recherchaient un arrangement ou un concordat. Mais à défaut, la faillite était déclarée. « La gestion était confiée à un syndic nommé par l'assemblée. En général, les frais étaient énormes, les dividendes très restreints. Le mal provenait de l'absence d'un contrôle sérieux exercé par l'autorité publique et aussi de l'abus des procurations générales. Quand une personne cessait ses paiements, elle avait à sa disposition un homme d'affaires qui était une sorte de compère. Celui-ci se transportait chez chacun des créanciers, et profitait habilement du peu d'inclination qu'ont les créanciers pour s'occuper de la faillite, et il se faisait donner par tous ou presque une procuration générale pour assister et voter aux assemblées de créanciers. Cet homme d'affaires, de connivence avec le débiteur, avait aussi la majorité des voix ; il composait même parfois, à lui seul l'assemblée générale ! Il ne manquait pas de se choisir lui-même comme syndic. Parfois, il élisait aussi un comité de surveillance chargé de contrôler sa gestion. C'était lui qui fixait, comme mandataire des créanciers, le salaire qu'il avait à recevoir comme syndic ! Il arrivait ainsi à retenir entre ses mains des sommes importantes, car c'était aux créanciers qu'appartenait le droit de fixer la banque à

c'est enfin qu'on abolisse à jamais ces saufs-conduits⁹⁶, ces arrêts de surséance⁹⁷ qu'à la honte des mœurs le crédit des riches a introduit dans presque toutes les monarchies⁹⁸. Il n'est pas possible à ces égards de prescrire des règles fixes, parce que les moyens doivent en être combinés et s'accorder avec l'esprit général de la législation qui varie dans chaque pays ; mais si l'homme d'état désire véritablement le bien, s'il sent toute l'importance dont il est pour la société que la justice soit impartialement rendue à tous les individus qui la composent, il découvrira aisément quels seraient les moyens qui le mèneraient plus sûrement et plus directement à son but. Ce que tous les gouvernemens, quelque soit leur nature et leur différence, devraient avoir continuellement sous les yeux, c'est que les mœurs, les coutumes et les usages ont encore plus d'influence que les loix, et qu'un mot du souverain, son exemple, son approbation ou son mépris font tout-à-coup changer la façon de voir d'une nation, y introduisent des principes et une façon de se conduire toute différente. Autrefois en France presque tous les militaires étaient endettés, il était même du bon air d'avoir des dettes. Outre que

laquelle les sommes disponibles devaient être déposées. Souvent le syndic faisait le dépôt dans la maison de banque dans laquelle un compte personnel lui était ouvert. Avec ces sommes, les syndics se livraient souvent à des spéculations, et il n'était pas rare que des syndics fussent déclarés en faillite pendant la durée même des faillites qu'ils administraient. Les plaintes étaient générales » (LYON-CAEN (Charles), « Exposé de la législation anglaise sur la faillite », p. 301-302. Thaller rapporte des propos du *Lord Chancellor Eldon* (1751-1838) dénonçant les abus commis en matière de faillite : « les abus des statuts de faillites sont une honte pour le pays, et il vaudrait mieux les rappeler tous une bonne fois que de les laisser servir de pareils desseins. Tant qu'ils fonctionneront, point de merci pour le patrimoine. Ceux qui le liquident pensent à tout, hormis au but de leur mission. Les faillites ne font plus guère que rendre le commerce tributaire des syndics, commissaires ou *solicitors* » (*Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 111) ou encore : l'objet de la *bankruptcy* était de « procurer la plus équitable répartition de l'actif du failli entre les avocats et officiers qui concourent à la liquidation ». Aux États-Unis, la loi fédérale du 19 août 1841 doublait les inconvénients de la législation anglaise avec « l'âpreté au gain du fonctionnarisme yankee ». On disait que les biens du débiteur *s'évaporent* à leur profit (*Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 120-121).

⁹⁶ Sous l'Ancien Régime, le débiteur en faillite négociait avec les créanciers, peut-être des comparses, l'octroi d'un sauf-conduit qui le mettait à l'abri de la contrainte par corps. Ce faisant, les créanciers se privaient d'un moyen de pression efficace et le débiteur en profitait pour imposer ses conditions.

⁹⁷ Les *arrêts de surséance* ou *Lettres d'État* « étaient accordés par le conseil du roi et entraînaient pour le débiteur, mainlevée des oppositions et saisies faites au paiement de ses revenus et surséance aux poursuites de ses créanciers pendant trois mois ou un an » (DUPOUY, p. 139), ce qui laissait le temps d'organiser des fraudes. Elles emportaient mainlevée des saisies et sauf-conduit du débiteur. En principe, elles étaient réservées aux créanciers de l'État ou à ceux qui le servaient, des militaires par exemple, mais les secrétaires d'État les délivraient à des commerçants.

⁹⁸ En particulier, la haute noblesse était endettée (v. n 17).

l'officier soumis à la discipline militaire tenait fort peu de compte du pouvoir civil, le prétexte toujours allégué des dépenses qu'entraînait leur état et de la nécessité d'être à leur poste, leur faisait facilement obtenir des arrêts qui les mettaient à l'abri des poursuites de leurs créanciers. Ce désordre, porté à son comble, a fait enfin ouvrir les yeux aux supérieurs. Il est reçu aujourd'hui qu'un officier qui a des dettes et contre lequel le chef du régiment a reçu des plaintes, est mis en prison, que ses appointements sont arrêtés jusqu'à ce qu'elles soient acquittées ; que, si elles sont très-considérables pour que dans un tems déterminé ses appointements ne puissent suffire pour les acquitter, on en avertit la famille et si elle n'a pas la volonté ou le pouvoir de le tirer d'embarras, il est renvoyé et perd sa place. Depuis que ce sage règlement⁹⁹ s'exécute, rien n'est si rare que de voir un officier qui se dérange ; un nouvel esprit semble animer le militaire français, et le changement qu'il a opéré prouve mieux que tout ce que l'on pourrait dire d'ailleurs jusqu'à quel point les supérieurs peuvent influer sur la conduite de ceux qui leur sont subordonnés. On juge d'après cela de l'effet que pourrait produire le souverain, qu'on saurait bien décidé à refuser toute espèce de confiance, à exclure des tribunaux et de tous les différents corps qui entrent dans la composition de la société, tout homme contre lequel il y aurait des poursuites pour des engagements non-remplis¹⁰⁰.

Je m'arrête ici, Monsieur le comte, persuadé qu'en voilà plus qu'il n'en faut pour engager Votre Excellence à méditer sur un objet qui certainement mérite toute l'attention d'un homme d'état. Depuis que les souverains se sont enfin aperçus que la prospérité de leur peuple était la seule mesure de leur puissance, on s'est beaucoup agité pour ouvrir de nouvelles routes et de nouveaux débouchés au commerce et à l'industrie¹⁰¹. On a voulu d'abord

⁹⁹ *Règlement concernant les dettes des officiers*, du 2 juin 1777 (ISAMBERT, t. XXV (t.III du règne [de Louis XVI]), p. 20), remplacé par l'art. 63 du titre 3 de la loi du 8 juillet 1791. LÉONARD (Émile G.), *L'armée et ses problèmes au XVIII^e siècle*, Paris, Plon, 1958, 363 p. (Civilisations d'hier et d'aujourd'hui).

¹⁰⁰ Pictet souhaite généraliser la règle concernant les dettes des militaires à toute la fonction publique. En Russie, ce serait un moyen détourné de mettre la noblesse au pas, mais on pouvait douter de l'existence d'une volonté politique en ce sens.

¹⁰¹ Rappel de la formation des empires coloniaux depuis la fin du XV^e siècle. Les mots « commerce et industrie » montrent que Pictet pense surtout aux Néerlandais et aux Anglais. Les expéditions de Cook et de La Pérouse sont présentes à l'esprit. Le « enfin » fait-il allusion à l'expansion considérable de l'Empire russe sous le règne de Catherine II ? Depuis Marco Polo, les commerçants doivent être de bons géographes. *Le Parfait Négociant* « est un livre qui donne le tournis... quand il ne nous conduit pas au sein de la boutique ou des étals, Savary nous emmène au loin, de Moscou aux Amériques, des Antilles à Suez, de Jeddah à Londres en passant par le Caire, Alep, Smyrne, Constantinople, Venise, Marseille, Lyon, Amsterdam et tant d'autres lieux mythiques de l'odyssée commerciale des siècles » (RICHARD, éd. du *parfait négociant*, p. 35-37). La cartographie a pris une grande importance. Par exemple *The Universal*

avoir du commerce, bientôt on a voulu l'avoir exclusivement ; delà ces jalousies, ces haines nationales, ces réglemens, ces prohibitions qui tendent à diviser les peuples que le commerce devrait réunir¹⁰². Un jour viendra et ce jour ne peut pas être bien éloigné, où l'on sentira toute l'inutilité de ces efforts et où l'on s'apercevra que c'est de la perfection de la loi, de la certitude des propriétés, que dépend la prospérité des peuples. On sera bien étonné, si jamais on porte un œil philosophique sur cet amas informe de coutumes hétérogènes et de décisions bizarres qu'on appelle aujourd'hui jurisprudence, de voir jusqu'à quel point on s'est éloigné des principes simples que la raison aurait dû prescrire. Peut-être, l'immensité du travail, peut-être la difficulté de détruire des préjugés si anciens et si enracinés ont-elles seules arrêté jusqu'à présent, peut-être arrêteront elles encore longtemps¹⁰³. J'ose cependant affirmer et je croirais pouvoir le démontrer que celles des nations d'Europe, qui par leur industrie et leur commerce ont acquis le plus de célébrité et de richesses ne le doivent ni à leur plus grande connaissance de la manière de le conduire, ni à la sagesse des principes

Dictionary of Trade and Commerce de POSTLETHWAYT (v. n. 12) est illustré d'une remarquable carte de l'Afrique.

¹⁰² Pictet revient à Adam Smith dont il a adopté le libéralisme. Il critique le mercantilisme devenu un protectionnisme contraire à la nature du commerce. Le passage de la lettre de Pictet se comprend dans le contexte du XVIII^e siècle à la lumière des critiques des physiocrates contre les *préjugés* économiques. Aujourd'hui, les économistes se montrent prudents : l'expérience a montré qu'un pays qui veut s'industrialiser doit s'entourer de barrières douanières (DENIS, *Histoire de la pensée économique*, p. 200). Le commerce devrait unir les hommes au lieu de les rendre ennemis. *Le Parfait Négociant* débute par un chapitre *De la nécessité et utilité du commerce* dont les premières lignes sont : « De la manière que la Providence de Dieu a disposé les choses sur la terre, on voit bien qu'il a voulu établir l'union et la charité entre tous les hommes, puisqu'il leur a imposé une espèce de nécessité d'avoir toujours besoin les uns des autres. Il n'a pas voulu que tout ce qui est nécessaire à la vie se trouvât en un même lieu, il a dispersé ses dons, afin que les hommes eussent commerce ensemble, et que la nécessité naturelle qu'ils ont de s'entraider, pût entretenir l'amitié entre eux : c'est cet échange continuel de toutes les commodités de la vie qui fait le commerce, et c'est ce commerce qui fait toutes les douceurs de la vie : puisque par ce moyen il y a partout abondance de toutes choses » (éd. RICHARD, t. I, p. 213).

¹⁰³ Juriste, Pictet connaissait bien le droit. En employant le mot *jurisprudence*, il oppose la grandeur de l'étymologie et de la science à la réalité. En qualifiant dans une formule critique brutale la somme des règles de droit et de leurs commentaires, il fait sienne l'opinion des grands jurisconsultes de son temps qui plaidaient en faveur d'une unification et d'une rationalisation du droit. La monarchie française l'avait entreprise (grandes ordonnances du règne de Louis XV), mais par la force des choses, son œuvre restait prisonnière des préjugés de l'Ancien Régime. L'époque était mûre pour l'abolition des préjugés et une codification du droit : « un jour viendra, et ce jour ne peut pas être bien éloigné » observe Pictet. Les codifications napoléoniennes seront des aboutissements, ce qui explique la rapidité de leur réalisation.

d'après lesquels elles l'ont réglé, mais uniquement à certaines circonstances, qui leur ont procuré sur certains points importans des loix civiles un peu moins mauvaises que celles de leurs voisins. J'ose affirmer que celle des nations de l'Europe qui la première perfectionnera sa législation civile, sera surprise elle-même des effets étonnans qui en résulteront pour son industrie et son commerce.

Mais je m'aperçois que je n'ai que trop abusé de la patience de Votre Excellence, et ce ne sera que lorsque je saurai par vous-même, que des discussions de la nature de celle-ci peuvent vous intéresser, que je croirai pouvoir vous faire part des nouvelles idées qui dans ce moment s'offrent en foule à mon imagination.

Je suis avec respect, Monsieur le comte, de Votre excellence le très-humble et très-obéissant serviteur

Pictet

À Londres, le 27 juillet 1787.

*Dominique P. Maye**

La Savoie de 1815 à 1919

Neutralisation et zones douanières franches de Savoie

Le voisinage de la Savoie et de la Suisse a créé entre les deux entités des relations politiques et économiques spécifiques exprimées dans deux institutions :

- La neutralisation d'une partie du territoire savoyard,
- Les zones douanières franches.

Neutralité et neutralisation :

La Confédération helvétique, après la défaite de Marignan, adopte un statut de neutralité qui est demeuré jusqu'à nos jours la caractéristique fondamentale de ses relations avec les autres Etats. Cette non-intervention dans les litiges internationaux est reconnue par les Puissances au congrès de Westphalie (1648) et devient la norme de la politique helvétique. La Suisse sera jusqu'en 1815 mue par des préoccupations sécuritaires et cherchera à s'entourer d'un *no man's land* neutralisé : Principauté de Neuchâtel (1519), Franche-Comté (1572), mais elle ne réussira pas à faire inclure dans le dispositif la République de Genève, alliée des principaux cantons protestants. La monarchie de Turin ressent un même besoin de sécurité pour la Savoie, seule possession avec Nice, qu'elle conserve depuis 1601, à l'ouest des Alpes. Tout au long du XVIII^{ème} siècle, elle tente de la faire inclure dans la neutralité suisse, pour en assurer la défense contre des tentatives d'invasion de la France. Objectif qui sera toujours contrecarré par la royauté française, qui songe à annexer la Savoie. Turin, pour écarter cette menace, ira jusqu'à envisager la cession du duché à la Suisse en 1703 et 1746.

Zones douanières franches :

L'idée de placer un territoire hors de l'espace douanier de son Etat apparaît pour faciliter le ravitaillement de la République de Genève, enclavée entre la Suisse, le pays de Gex, français depuis 1601 et la Savoie. En 1776, grâce à

* *Dr med*, président de l'Académie du Faucigny

Voltaire, seigneur de Ferney, la France procéda au reculement de sa ligne de douane en arrière de la frontière politique avec Genève, faisant du pays de Gex un territoire « franc » pratiquant librement ses échanges commerciaux avec Genève.

La période française de la Révolution et de l'Empire met fin à ces régimes politiques et économiques. Elle voit :

- de 1792 à 1815 l'annexion de la Savoie à la France,
- en 1798 l'annexion de la République de Genève et l'hégémonie française sur la Suisse, qui perd son statut de neutralité.

En 1814-15, la chute de Napoléon I^{er} est suivie d'une recomposition territoriale de l'Europe. Au congrès de Vienne, la Savoie, Genève et la Suisse prennent leur configuration actuelle.

La Savoie rendue à ses souverains, Genève redevenue indépendante après 18 ans d'annexion à la France, et la Confédération helvétique libérée de la tutelle napoléonienne furent parmi les « vainqueurs » et aspirent à des dédommagements. Les régimes politiques et économiques antérieurs : neutralité et zones franches reçoivent un nouveau statut. L'obsession sécuritaire de se prémunir contre une attaque du Royaume français est plus que jamais prioritaire pour la Confédération helvétique et la Savoie.

Après 1815 :

1. La Confédération retrouve son statut de neutralité armée perpétuelle garantie par six Puissances (Autriche, Prusse, Russie, Grande-Bretagne, France, Portugal).

2. La République de Genève entre comme canton suisse le 1^{er} juin 1815. Son territoire morcelé entre la cité et les mandements ruraux, coupé du reste de la Suisse par le Pays de Gex qui donne sur le Léman à Versoix, doit être « arrondi » afin de constituer un seul tenant, condition imposée par la Confédération helvétique.

Après l'épisode des Cent jours, au second traité de Paris du 20 novembre 1815, la France cède à la Suisse six communes, dont l'étroit couloir de Versoix, reliant le canton de Genève à la Suisse (49 km² et 3343 habitants) et recrée, dans tout le Pays de Gex jusqu'au-delà du Jura, une zone douanière franche de 350 km². La contribution du Royaume de Piémont-Sardaigne à la constitution du canton de Genève se fait en deux temps :

- le protocole de Vienne, du 26 mai 1815, préliminaire à la réunion du Congrès avait prévu la cession à la Suisse de 12 communes savoyardes et la création d'une grande zone franche. Ces clauses sont remises en

question par le retour de l'île d'Elbe de Napoléon et au terme de longues et complexes négociations (16 janvier-16 mars 1816) le traité de Turin conclu avec la garantie des Grandes Puissances du traité de Vienne, le Royaume de Piémont-Sardaigne cède à la Suisse 24 communes savoyardes, les « communes réunies » catholiques de l'actuel canton de Genève, soit 108 km² et 12700 habitants et crée autour du canton de Genève une petite Zone Franche et non pas une Grande Zone.

3. La neutralisation de la Savoie pour assurer la sécurité de Genève et de la Savoie le protocole de Vienne du 26 mars 1815 avait prévu la neutralisation du Chablais et du Faucigny, solution envisagée par le Piémont-Sardaigne à plusieurs reprises avant 1792. Le traité de Turin de 1816 étend cette neutralisation à un vaste territoire comprenant la totalité de la Haute-Savoie actuelle et 20% de celui de la Savoie soit 4494 km² et 250.000 habitants (50,8% du Duché de Savoie). Pour cette neutralisation, il était stipulé par la Déclaration du Congrès de Vienne du 29 mars 1815: « *toutes les fois que les Puissances voisines de la Suisse se trouveront en état d'hostilités ouvertes ou imminentes, les troupes de Sa Majesté (de Sardaigne) qui pourraient se trouver dans ces provinces neutralisées se retireront sur le Piémont et pourront à cet effet passer par le Valais... et qu'aucune autre troupe armée à l'exception de celle de la Confédération suisse ne puisse y stationner ni les traverser, sauf celle que la Confédération suisse jugerait à propos d'y placer* ». Ce statut dura 103 ans jusqu'en 1919. Les limites méridionales du territoire neutralisé ne furent jamais cartographiées exactement, pas plus que les modalités de son éventuelle occupation par les troupes suisses ne furent précisées.

Une divergence d'interprétation opposa dès le début la Suisse au Royaume de Piémont-Sardaigne. Pour la Confédération, la neutralisation et le droit d'occupation de la Savoie étaient stipulés à son seul bénéfice pour se protéger contre une éventuelle attaque de la France. Argument perdant de sa pertinence puisque le Pays de Gex n'avait pas été neutralisé et qu'il constituait une porte ouverte à une action militaire contre Genève. Pour le Royaume de Piémont-Sardaigne, la Suisse avait l'obligation d'occuper la Savoie neutralisée à la demande du Gouvernement de Turin pour pallier à une éventuelle agression française et ceci en contre-partie de la cession à la Confédération des « Communes Réunies Savoyardes » de 1816. Théorie qui cessait d'être valable après 1860, lorsque la Savoie devenue française n'avait plus à être protégée contre une Puissance à laquelle elle était désormais rattachée.

L'occupation de la Savoie neutralisée ne fut jamais exercée par la Suisse dans toutes les circonstances où elle eût pu être opérée : guerres contre

l'Autriche de 1848-49 et 1859, guerre franco- prussienne de 1870-71 et guerre de 14-18.

Berne ne renonça pas pour autant à ses droits sur la Savoie neutralisée rappelant au Royaume de Piémont-Sardaigne puis à la France son droit d'exercer l'occupation lors de chaque conflit. La Suisse considérant ce statut comme un gage et une monnaie d'échange à utiliser lors d'éventuelles négociations avec Paris, ce qui sera effectivement le cas en 1919.

Le Faucigny : une annexion dans l'Annexion

Le statut de la Savoie neutralisée et de la zone franche va être mis à l'épreuve par les événements de 1860 aboutissant à la cession de la Savoie à la France par le roi de Sardaigne Victor-Emmanuel II, en contrepartie de l'aide apportée par Napoléon III au Piémont, pour libérer l'Italie de la domination autrichienne.

Dans cette affaire, la Savoie n'est qu'objet et non sujet. Longtemps occulté par la représentation d'une Savoie unanime en face des événements, il existe, en réalité, derrière cette façade, deux Savoie et cette double attitude constitue le thème de travail et de réflexion de la commémoration du 150e anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France mise sur pied par l'Académie du Faucigny. Il y a une Savoie méridionale, autour de Chambéry, où le mouvement pro-français, entraîné par les notables catholiques et les milieux d'affaires est acquis à l'annexion souhaitée par la majorité de la population et une Savoie du Nord gravitant économiquement vers Genève et la Suisse dans le Chablais, le mandement de Saint-Julien en Genevois jusqu'aux Usses et surtout le Faucigny. Alors que la réunion ne pose pas de problème en Savoie du Sud, il en va tout autrement dans les régions septentrionales du Duché où, dès le début 1860, se manifestent deux phénomènes :

- L'annexion de la Savoie à la France réveille en Suisse les préoccupations sécuritaires devant l'expansion du Second Empire et elle suscite l'inquiétude des Puissances, particulièrement de l'Angleterre pour cette rupture de l'équilibre européen.
- En Savoie du Nord, les populations rurales, sensibles au mirage français, ne seraient pas opposées à l'Annexion au Second Empire dont elles attendent des améliorations de leurs conditions de vie, mais elles craignent de voir leurs relations économiques avec Genève et le Pays de Vaud entravées par un cordon douanier français.

Dans les milieux libéraux, s'exprime une motivation d'ordre idéologique. Les démocrates, hostiles à Napoléon III qui, par le coup d'état du 2 décembre

1851, a étranglé la Deuxième République, souhaitent en cas de cession de la Savoie, être réunis à la Genève radicale gouvernée par James Fazy. Les 5000 savoyards établis à Genève agissent dans le même sens. Sous l'impulsion du Comité du Faucigny dirigé par l'avocat de Bonneville Joseph Bard des pétitions pour la réunion à la Suisse se couvrent de 14 000 signatures, alors qu'un contre-pétitionnement animé par le clergé pro-français ne récolte que 4000 adhésions. La situation est aggravée par Napoléon III qui, par amitié pour la Suisse où il a vécu une partie de sa jeunesse, promet à Kern, ministre de Suisse à Paris, qu'en cas d'acquisition de la Savoie, la France cèdera à la Suisse le Chablais et le Faucigny.

La Savoie est menacée de démembrement. L'opinion française réclame la Savoie et Nice et, pour se désengager de la promesse faite à la Suisse, l'Empereur suggère à son ministre des affaires étrangères Thouvenel, l'envoi d'une délégation savoyarde protestant contre le démembrement.

Le 21 mars, conduits par le leader annexionniste chambérien Greyfié de Bellecombe, 41 notables appartenant surtout aux milieux de Chambéry, aux provinces méridionales et aux environs d'Annecy, villes en dehors du mouvement pro-suisse, se rendent à Paris pour adjurer l'Empereur de conserver à la Savoie son intégrité. Ils sont entendus et, le 24 mars 1860, le roi de Sardaigne, par le traité de Turin, cède la Savoie et Nice à la France. L'article 2 stipule toutefois que : « S. M. le roi de Sardaigne ne peut transférer les parties neutralisées de la Savoie qu'aux conditions auxquelles il la possède lui-même et qu'il appartiendra à S. M. l'empereur de s'entendre à ce sujet tant avec les puissances représentées au Congrès de Vienne qu'avec la Confédération helvétique et de leur donner les garanties qui résultent des stipulations rappelées dans le présent article. »

Or, le violent mécontentement suscité en Suisse par l'Annexion de la Savoie, l'échec de l'acquisition du Chablais et du Faucigny, firent que la Confédération refusa toute discussion sur le statut de la Savoie neutralisée qui demeura en l'état jusqu'en 1919.

Le succès du plébiscite d'approbation de la cession n'était pas assuré pour autant en Savoie du Nord. La solution fut trouvée par le sénateur Laity, envoyé personnel de l'Empereur avec plein pouvoir. Il parcouru la Savoie pendant toute la période transitoire précédant le plébiscite des 22 et 23 avril en mettant au point avec Jacquier Chatrier, ancien syndic de Bonneville, député, et Pissard, député de Saint Julien, la formule de la Grande Zone d'Annexion créée par décret le 10 juin 1860. Elle étendra le régime de la Petite Zone de 1860 à 87,7% du territoire du nouveau département de la Haute-Savoie (3790 km²) et 68,3% de sa population (182 000 habitants). Dans ces régions, le vote « oui et zone » ratifie l'Annexion par 47 076 bulletins contre « 165 non » et une participation à 94,1% des inscrits.

Réactions après le plébiscite

Les réactions dans la presse internationale, surtout anglaise, furent particulièrement violentes.

Nous reproduisons ci-dessous des extraits de l'article du *Times* paru dans *Le Journal de Genève*, le 26 avril 1860.

The Times, 28 Avril 1860, Suffrage Universel en Savoie¹

Genève, le 23 Avril

Hier était un grand jour durant lequel la Savoie devait ratifier le traité de cession par vote populaire, et je me demandais si je devais traverser la frontière suisse et souiller vos colonnes avec un rapport sur l'une des farces les plus basses et les plus immorales.

... Malgré la tempête de neige qui nous avait suivis le long du trajet, sur la promenade de la place en face de la mairie de Bonneville il y avait quelques paresseux. Notre apparition à cette époque de l'année fit sensation, et la plupart des promeneurs s'arrêtèrent pour assister à notre arrivée surprise. Après avoir réservé notre déjeuner, notre premier souci fut d'enquêter au sujet des chefs de l'opposition à la France... Nous étions néanmoins anxieux de savoir ce qui se passait. Un de mes amis proposa de rendre visite à un petit libraire des environs qui avait été l'un des plus ardents partisans de la Suisse. Nous fûmes étonnés de voir flotter à sa porte un drapeau tricolore et ce fut la première chose que mon ami remarqua. "Que voulez-vous?" fut la réponse, "Il y a un ordre de la municipalité auquel il faut obéir." L'homme était évidemment effrayé. Il nous dit qu'au cours des quelques derniers jours les plus importants partisans de la Suisse avaient été agressés... Il nous montra son ticket de vote. C'était une carte imprimée, un certificat que le porteur dont le nom était sur la carte était inscrit sur les listes électorales. Il y avait à côté de celle-ci une autre carte, environ un quart de la première, avec ...« La Savoie veut-elle l'annexion à la France?» et en dessous "Oui et Zone". » ... « Ces cartes avaient été imprimées sur ordre de la municipalité, et apportées chez chaque électeur par le concierge de la ville. La plupart des principaux membres de la municipalité faisaient partie du comité formé pour soutenir l'annexion. L'ancien Syndic, qui était auparavant un ardent Libéral, mais était maintenant connu pour son enthousiasme français, avait été nommé Intendant provisoire de la province. Un autre enthousiaste partisan de la France avait été nommé Syndic à sa place. Ayant ainsi toute l'administration ainsi que tout le pouvoir de vexation,

¹ <http://sites.google.com/site/savoyannexation/the-times-in-french/the-times-april-28-1860-universal-suffrage-in-savoy-french>

rien n'avait été négligé pour arriver à un résultat que tout le monde pourra envier : promesses, intimidations, menaces d'être envoyé à Cayenne ou Lambessa, toutes sortes d'influences, manipulations utilisant les femmes et autres membres de la famille, en un mot, toutes les pressions possibles pour démoraliser le parti opposé.

Notre visite semblait le mettre mal à l'aise, et il fut soulagé lorsque nous partîmes pour une promenade en ville. La première chose qui attira notre attention était le nombre de proclamations affichées sur les murs. Il y en avait partout. Nous fûmes presque interloqués de la manière impudente dont les fonctionnaires de la ville appelaient les citoyens à voter en faveur de la France. Il y avait les proclamations du gouverneur d'Annecy, de l'Intendant provisoire, du Syndic de Bonneville, des comités de Chambéry, tous à l'unisson et avec la même ferveur, expliquant les avantages d'une union avec la France, rappelant aux gens les promesses de l'Empereur, et finissant avec "Vive la France!" "Vive l'Empereur!". Le gouverneur d'Annecy annonçait l'arrivée de l'Empereur cet été, les Syndics convoquaient les citoyens pour la bénédiction du drapeau français le matin des élections à 7h.. Le conseil municipal avait prévu une procession jusqu'à l'église en vue de cette consécration. Tous les électeurs étaient invités à la cérémonie qui précédait l'ouverture du bureau de vote. Le matin, l'Hôtel de Ville était décoré des couleurs de la France. Sur le centre du drapeau était inscrit "Zone et France", un exemple que tout habitant se devait de suivre. »...

En 1860 Germain Sommeiller envoyait à son ami Joseph Léandre Bard, en terme vif, un courrier dont nous reproduisons ici un extrait :

En Savoie, «il y a une masse innombrable de pleutres, d'ignorants dont toute la conduite est réglée sur les impressions de la double crainte du code pénal et de l'enfer... le code civil est là comme le second évangile du paysan.

... Je les avais cubés et pesés tous ces patriotes et je me frottais les mains d'aise de n'avoir plus rien à démêler avec eux ... ce n'est pas impunément qu'on aurait ouvert la porte de ce jardin (Genève) à 150 000 têtes de bétail clérical ; l'intelligence aurait été étouffée sous la masse. Ce n'est pas ton opinion, c'est la mienne. »²

² Fonds privé Prof. Paul Guichonnet

Evolution du statut de la Savoie du Nord (1860-1919)

La Grande Zone

Il serait tout à fait inexact de croire, comme c'est encore le cas, que Genève et la Suisse avaient souhaité l'acquisition du Chablais et du Faucigny, puis salué la création de la Grande Zone, pour des raisons économiques. Ainsi que l'écrit l'historien genevois Luc Monnier « ce furent des considérations exclusivement militaires qui avaient entraîné la Confédération à réclamer la Savoie du Nord... » Genève voyait dans ce rattachement le moyen le plus efficace de tenir la France à distance et de se protéger.

Après l'Annexion, la Suisse refuse toutes les concessions territoriales offertes par la France, autour de Genève, tout comme de reconnaître la Grande Zone. Elle ne le fit qu'en 1881, à l'occasion du nouveau traité de commerce avec la France, après deux décennies et, par cet acte, implicitement, elle reconnut l'annexion de la Savoie par la France.

La Grande Zone, qui bénéficiait de l'exportation ou de l'importation d'un grand nombre de produits, en franchise de droits, ou pour d'autres articles à tarif réduit, vécut jusqu'à la Première Guerre, en étroite symbiose économique avec la Suisse. Elle jouissait également de contingents, à tarif réduit, dans ses relations avec « l'intérieur » de la France, dont elle était séparée par un cordon douanier interne, au long duquel se pratiquait une intense contrebande. Cette situation avantageuse était régulièrement dénoncée, comme une dérogation à la norme égalitaire, par Annecy, ennemie acharnée de la Zone, dont elle était exclue, et par d'autres régions françaises. On peut parler à bon droit, comme le dit Paul Guichonnet, d'un paradis zoniens. La Zone ravitaillait Genève en produits agricoles et, favorisée par une prime de change de sa devise (en 1914 100 francs français valaient 102 francs suisses) s'y procurait à bon compte des biens de consommation, des services (médecin), des capitaux et une grande partie de la clientèle de ses stations thermales (Evian, St-Gervais) et touristiques. Le niveau de vie de la Zone était supérieur à celui des autres régions de la Savoie, avec un coût inférieur de 10 à 15% par rapport à celui de « l'intérieur ». Tous les élus zoniens défendaient le régime des franchises douanières. La symbiose économique avec la Suisse, si elle permettait l'exportation à bon compte d'un grand nombre de produits étrangers avait, comme contrepartie, une certaine sous-industrialisation. L'horlogerie du Faucigny demeurait sous-traitante de celle de Genève, qui lui imposait ses prix. Les fabriques nées de la houille branche qui proliféraient dans les vallées de la Savoie méridionale, n'étaient représentées en Zone que par l'usine de Chedde.

La neutralisation

Les clauses continuaient à en être rappelées à la France régulièrement par la Suisse. En 1871, lorsque la guerre avec la Prusse se rapproche, en Franche-Comté, le préfet de Chambéry et les Radicaux du Faucigny – ces derniers militants pro-suisse de 1860, avec l'arrière – pensée d'un rattachement à la Suisse – demandèrent l'occupation militaire de la Zone neutralisée par la Suisse. Le Conseil fédéral hésita à y procéder, puis renonça, devant les protestations du Gouvernement français de la Défense nationale. Ce fut la seule circonstance où la clause d'occupation fut près d'être mise en œuvre. La Suisse ne donna pas suite à une proposition française de réexaminer le statut de la Savoie neutralisée et en 1881, devant la protestation de la Suisse, Paris renonça à un projet de fortifications sur le Vuache qui eut placé Genève sous le feu des canons français.

La guerre de 1914

Le premier conflit mondial amène dans la Savoie du Nord des transformations profondes qui créeront après 1919 la remise en question, puis la modification de son statut.

Durant la guerre l'opinion publique de la Suisse est divisée :

- La Suisse romande est, dans son ensemble, tout comme le Tessin, favorable à la cause des Alliés opposés aux Empires centraux. La majorité alémanique, qui subit, depuis 1870, la forte influence économique, politique et culturelle de l'Allemagne est germanophile et austrophile, surtout dans l'armée. (En 1914, le général en chef, Ulrich Wille, a un fils, filleul du Kaiser Guillaume II et le chef d'Etat-Major, von Sprecher, est étroitement lié à la haute aristocratie autrichienne.)

En 1914 par une circulaire aux Puissances, la Suisse rappelle son « droit » d'occupation de la Zone savoyarde neutralisée.

La France s'abstient d'y établir des hôpitaux militaires et la presse alémanique prétendra que les soldats de cette région, venus en permission, doivent y être retenus et internés.

- Durant le conflit, l'économie de la Grande Zone est intégrée à celle de « l'intérieur » et mise au service de la Défense nationale. Le cordon douanier intérieur est pratiquement supprimé.
- L'usine de Chedde livre des explosifs pour l'artillerie. Le décolletage, qui se développe en Faucigny à côté de l'horlogerie, fabrique du matériel militaire. Les exportations en Suisse sont strictement contrôlées puis

presque entièrement supprimées. Une campagne d'opinion prétend que les denrées agricoles savoyardes sont revendues par la Suisse pour « ravitailler les Boches », ce qui est inexact, mais envenime les relations. En 1917 « l'affaire des colonels » montre que les attachés militaires auprès des Alliés renseignent les Allemands ce qui provoque beaucoup d'émotion.

En 1918 devant la perspective de la défaite allemande, la Suisse fait profil bas et se rapproche des Alliés, particulièrement de la France.

Le règlement de 1919

Après la victoire alliée, la Suisse, bien que non belligérante, est admise officieusement à la Conférence de la Paix, car elle désire avec l'aide de la France :

- Voir sa neutralité reconnue par toutes les Puissances.
- Entrer à la future Société des Nations, dont le siège serait à Genève.

Ses relations avec la France seront réglées par des négociations avec Paris et entérinées par le Congrès. Le fameux article 435 du Traité de Versailles constate que les stipulations concernant la neutralisation de la Savoie et des Zones franches « ne correspondent plus aux circonstances actuelles » et doivent être revues par des négociations bilatérales entre Paris et Berne.

- La neutralisation et le droit d'occupation de la Savoie sont définitivement abolis. Leur suppression effective interviendra en 1928.
- Le nouveau régime des Zones est établi par la convention franco-suisse de 1921 qui remplace les « Petites Zones » de 1815-1816 et la « Grande Zone » de 1860 par un régime de contingents réciproques d'échanges en franchise d'une durée de 10 ans.

L'accord est ratifié par les parlements des deux pays mais sa mise en œuvre est entravée par l'occupation française des mines de la Ruhr, pour contraindre l'Allemagne à régler ses réparations de guerre. La Suisse alémanique soutient l'Allemagne et la convention de 1921 est soumise à un référendum populaire. La majorité des cantons balaye la convention et Poincaré rétablit le cordon douanier à la frontière politique franco-suisse le 1^{er} janvier 1923. Les zoniens, comme la majorité des Savoyards, sont revenus de la guerre animés d'un ardent nationalisme français qui a effacé leur particularisme. Dans la question des Zones, ils sont désormais « suppressionnistes ». Les relations entre Berne et Paris se détériorent dans un contexte de violentes polémiques. La France et la Suisse qui, dans le cadre de la SDN avaient conclu une convention d'arbitrage, soumettent le litige à la

Cour internationale de Justice de la Haye, en 1928. En 1932, la Cour condamne la France à rétablir non pas la « Grande Zone » de 1860 concession unilatérale du Gouvernement impérial mais les « Petites zones » des Traités de 1815-1816, bénéficiant de la garantie des Puissances.

L'application de la sentence suscite de nouvelles difficultés, tranchées par le recours à un nouvel arbitrage international. Le règlement arbitral de Territet définit le mode de fonctionnement des Petites Zones, effectivement rétablies le 1^{er} janvier 1934.

Actuellement, cette institution représente à peine 2% du volume total des échanges entre la France et la Suisse. Massivement bénéficiaires à la Zone, ils consistent essentiellement en ventes, à Genève, de produits agricoles zoniens.

C'est la seule stipulation des Traités de 1815 actuellement encore en vigueur en France.

Bibliographie sommaire

Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex : sentence arbitrale du 1er décembre 1933 / [Osten Undén ... et al. Genève]

« Les Agents français et l'Esprit public en Savoie de décembre 1859 à mai 1860. » *Revue savoisienne*, 1861.

Bard, Joseph, *La vraie solution de la Question de Savoie*. Genève, 1871.

Ferrero, Marius, *Neutralité helvétique de la Savoie*. Grenoble, 1919.

Guichonnet, Paul, «La mission d'Abraham Tourte à Turin en 1860 d'après sa correspondance inédite avec James Fazy.» *Bollettino storico-bibliografico subalpino*, 1952.

Guichonnet, Paul, «Un épisode décisif de l'Annexion, la mission du sénateur Laity en Savoie, avril 1859.» *Revue savoisienne*, 1955.

Guichonnet, Paul, *La Savoie du Nord et la Suisse. Neutralisation. Zones franches*. Chambéry, 2001.

Guichonnet, Paul; Sorel, Christian, *Dictionnaire historique de l'Annexion. La Savoie et l'Europe 1860-2010*. Montmélian, 2010.

Lovie, Jacques, *La Savoie dans la vie française, de 1860 à 1875*. Paris, 1963.

Martin, Paul Edmond, « Zones de la Haute-Savoie et du Pays de Gex. » *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse*. Neuchâtel, t. VII, 1933.

Mémorial de Savoie 1860-1960, le livre du centenaire. Chambéry-Annecy, 1960.

Monnier, Luc, *L'annexion de la Savoie à la France et la politique suisse, 1860*. Genève, 2^e éd., 2010.

De la Rive, William, *La Question de Savoie*. Genève, 1860.

Drei Beiträge zu Max Imboden (1915-1969)

Die Forschungsstelle Rechtsgeschichte der Juristischen Fakultät Basel hat am 26. Januar 2012 Max Imboden, der von 1953 bis 1969 als Ordinarius für Öffentliches Recht an der Basler Fakultät wirkte, gewürdigt. Anlass dazu gaben mehrere Publikationen, die im vergangenen Jahr erschienen sind und sich direkt oder indirekt mit Max Imbodens Wirken und der Person dieses hervorragenden Rechtswissenschaftlers und Politikers befassen.¹ Drei Referate des Vortragsabends werden im Folgenden publiziert. Darunter befindet sich auch ein persönlich gehaltener und mit Bildern versehener Beitrag seines Sohnes Prof. Dr. Dieter Imboden, der den Menschen Max Imboden dem Publikum näher bringt. Alle drei Beiträge vermitteln zusammen ein eindrückliches Portrait einer Persönlichkeit, die in ihrem leider nicht lange dauernden Leben mit ungeheurer Schaffenskraft nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern auch Politik und Hochschulpolitik nachhaltig geprägt hat.

Die Herausgeber

¹ Andreas Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2011, insb. S. 403 ff.; Georg Kreis, *Das „Helvetische Malaise“*. Max Imbodens historischer Zuruf und seine überzeitliche Bedeutung, Zürich 2011 (passim); Ronald Kunz, *Geschichte der Basler Juristischen Fakultät 1835-2010*, Hrsg. Felix Hafner, Kurt Seelmann und Thomas Sutter-Somm, Basel 2011, insb. S. 223 ff.

Max Imboden als engagierter Staatsbürger

Ganz von Juristen umarmt, kann ich es nicht lassen, auf Kosten der zugestanden 20 Min. als Historiker mit einer Vorbemerkung zu beginnen, die den Vorgang betrifft, der zum heutigen Abend geführt hat, einen Prozess, den wir Historiker gerne mit dem Begriff der Kontingenz bezeichnen, für einen Zustand also der grundsätzlichen Unbestimmtheit und zugleich bestimmten Möglichkeit. Wie wurde es möglich, dass wir hier sind? Dafür gibt es natürlich viele Gründe. Zu nennen sind aber: Es muss vor allem Max Imboden schlicht gegeben haben, mit allem Drum und Dran, auch mit seiner Schrift von 1964 zum helvetischen Malaise. Dann ist das nicht sonderlich verdienstvolle Interesse des Sprechenden hinzugekommen, der in seiner allgemeinen Darstellung der Schweizergeschichte nach 1945 dem Schriftchen immer wieder Bedeutung beigemessen hat als signifikanter und gut fassbarer Indikator für den kollektiven Gemütszustand der 1960er-Jahre. Diese Zuschreibung war aber in keinem Verhältnis zu unserem Einzelwissen, zum Beispiel über den Erscheinungstermin. Ein Jahr ist bekanntlich lang, für den Historiker kann es wichtig sein, ob etwas am Anfang oder am Ende des Jahres «pasziert» ist. Die Zeitpunktfrage ist auch dann wichtig, wenn man sich für die Reaktionen, die Aufnahme, die Resonanz des Impulses interessiert. Nach dieser Neugierde brauchte es noch vieles, z. B. die Erlaubnis zur Einsicht in die nachgelassenen Papiere und das Interesse von NZZ-Libro am Publikationsvorhaben und schliesslich brauchte es die Heutigen der Juristischen Fakultät, die sich erfreulicherweise für etwas interessieren, obwohl es bereits ein halbes Jahrhundert zurückliegt. Das nur als Grobskizze zum historischen Hintergrund unseres momentanen Seins. Ende der Vorbemerkung.

Wir sind hier an einer Uni, an der Juristischen Fakultät, hier werden rechtswissenschaftliche Fragen und akademische Leistungen erörtert. Max Imbodens akademisches Schaffen zu würdigen, sind andere berufen. Kollege Kley gibt ihm in seinem grossen Werk einen herausragenden Platz. Als Vertreter einer Nachbardisziplin, der Geschichte, kann ich aber die Verbundenheit des Gelehrten Imboden mit der profanen Gesellschaft würdigen. Imboden war in Rede und Schrift zwar ganz akademischer Lehrer. Dies schloss aber nicht aus, dass er auch ganz *homo politicus* war. Er entsprach formal den liberalen Pionierprofessoren, wie sie beispielsweise in Jena in den 1830er-Jahren gewirkt hatten. Inhaltlich war er allerdings kein Linker wie jene von Jena, er praktizierte engagiert einen moderaten Nonkonformismus.

* Georg Kreis, em. Prof. für Geschichte und ehem. Leiter des Europainstituts der Universität Basel

Imboden als engagierter Staatsbürger: Was heisst Engagement? Imboden liess die Fragen der Zeit an sich herankommen, er ging aber auch auf sie zu. Das zeigt eben die kleine Schrift *Helvetisches Malaise*, die ihrem Autor über die Fachwelt hinaus breite und über den Moment hinaus überzeitliche Bekanntheit gab.

Imboden hat nicht erst als arrivierter Professor die Politik entdeckt und die Bedeutung der öffentlichen Auseinandersetzung erkannt. Er engagierte sich früh in der Jungliberalen Bewegung der Schweiz und meldete sich als 22jähriger mit einem 1. August-Artikel zu Wort, dem er einen Gedanken zugrunde legte, der für ihn ein Leben lang wegleitend war, nämlich dass der Staat für die Bürger eine Gestaltungsaufgabe und nichts Fremdes sei, das die Bürger beherrscht.

Imboden war kein Bewohner des berühmten Elfenbeinturms. Bis zu einem gewissen Grad mag das für die meisten Rechtswissenschaftler gelten, insofern sie die Auseinandersetzung mit ihren Fragen nicht als Selbstzweck verstehen, sondern als nützlichen Beitrag in der Gestaltung des öffentlichen Lebens. Das Besondere im Falle Max Imbodens lag in seiner publizistischen Präsenz und seiner Mitwirkung im politischen Tagesgeschäft. Imboden hat mit seinem Engagement die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten voll ausgeschöpft, indem er regelmässig Kolumnen für eine Tageszeitung (die «gute alte Nazi-Zitig») sowie grösser angelegte NZZ-Beiträge verfasste und sich, obwohl gerade Rektor, als Parteikandidat auf eine Nationalratsliste setzen liess. Das in den Kolumnen verwendete Pseudonym «Publius» war keine Tarnbezeichnung, sondern ein Bekenntnis zu den ihm vorbildlichen amerikanischen Verfassungsvätern Hamilton, Madison und Jay.

Imboden hatte bei seinem Nachdenken über die Gegenwart sowohl die Vergangenheit als auch die Zukunft vor Augen. Von der Vergangenheit sagte er viel Gutes, er sah in früheren Zeiten eine Erneuerungsbereitschaft und Gestaltungskraft, die er in der Gegenwart vermisste. Und mit Blick auf die Zukunft wünschte er dem Land eine Renaissance dieser Fähigkeiten.

So nahe er den brennenden Fragen der Zeit auch war, zum politischen Betrieb blieb Distanz. Nähe konnte da nicht aufkommen. Zum einen störte Imbodens selbstreflektierende Haltung, zum anderen blieb Imboden unter den Tagespolitikern der Professor, das heisst ein Fremdling.

Zu Beginn der 1960er-Jahre war Imboden zunächst im lokalen Parlament engagiert, wie andere Kollegen der Universität, etwa ein Johannes Georg Fuchs. Als im gleichen Jahrzehnt eine Verfassung für die beiden Basler Halbkantone auszuarbeiten war, nahm neben dem Basler Kurt Jenny auch der St. Galler Max Imboden im Verfassungsrat eine führende Rolle wahr. Ihn interessierten jedoch nicht die politischen Eintagsfliegen, sondern die übergeordneten allgemeinen Fragen. Die Verfassung eines wiedervereinigten Basel

war bloss eine Variante einer grundsätzlichen Aufgabe. Darum konnte er einen wichtigen Beitrag auch bei der Ausarbeitung der Nidwaldner Verfassung leisten. Selbstverständlich setzte er sich auch für eine gesamtschweizerische Verfassungsreform ein. Bereits Ende der 1950er-Jahre wirkte er als Wegbereiter, indem er 1959 einen mit Studenten erarbeiteten Verfassungsentwurf publizierte. Fünf Jahre später sprach er sich im *Helvetischen Malaise* unter dem Titel «Bewusster Neubau» dezidiert für eine Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung aus.

Anders als dies heute rechtsnationale Volkstribune meinen, situierte er die Verfassung als ein den Bürgern nicht unter-, sondern übergeordnetes Regelwerk und nicht als etwas, was beliebig der Politik und den Launen des Volkes ausgesetzt sein soll. Auch wenn mit dem Mittel der Verfassungsinitiative, sofern sich nur eine Mehrheit finden lässt, scheinbar beliebige Änderungen möglich sind oder scheinen, erwartete er Respekt vor der Verfassung: «Wer die Verfassung hütet, schützt das Fundament, das unsere politische Gemeinschaft trägt; wer sie missbraucht, missachtet das verbindende Ideengut.» Zur Geringschätzung der Verfassung führte er weiter aus: «Wer die Verfassung missachtet – sei es, dass er sie mit einem mächtigen Ruck zur Seite schiebt, oder sei es, dass er sie nur «ritz»t, hat der Gewalt die Türe geöffnet.» Wenig später erklärte er nochmals: «Gradmesser der Staatsgesinnung ist für jedes Volk der Respekt vor der Verfassung.»

Reform sollte nicht nur eine Verbesserung der Grundordnung bringen, sie sollte auch ein Jungbrunnen zur Regeneration der staatsbürgerlichen Einstellung sein. Die Schweiz habe heute nicht weniger Gestaltungsmöglichkeiten als früher, es fehle im Moment nur an der Kraft des Handelns. Mit einem bewussten Neubau des Schweizer Hauses könne das Land sein Selbstvertrauen zurückgewinnen. Es waren weniger die Inhalte der Forderungen, die der *Malaise*-Schrift etwas Schubkraft verliehen, sondern das nicht resignative Aufbegehren und Anpackenwollen. Von dieser Intervention ging die aufmunternde Erwartung aus, weniger Angst vor dem eigenen Mut zu haben, mehr Reformwille und utopisches Denken zu entwickeln und etwas weniger einfalllosen Pragmatismus zu betreiben.

Die kleine Schrift *Helvetischen Malaise* von 1964 hatte den Charakter eines Weckrufs. Sie wollte, wie es sein Parteikollege Georges André Chevallaz fünf Jahre später nochmals tun wird und wie es ein Casimir Pfyffer schon 1831 mit seinem «Zuruf» getan hatte, die Schweiz aus dem «Schlaf des Gerechten» wachrütteln. Imboden war insofern ein konstruktiver Unruhestifter, als er in der Schlusspassage seines «Pamphletes» (S. 55) davor warnte, dass aus trügerischer Ruhe destruktive Unruhe erwachsen könnte. Imbodens Engagement war dasjenige eines Aufklärers im Sinne sowohl des *éclairateurs* als auch des *avertisseurs*.

Warum schien ihm ein Wachrütteln nötig, ja dringend angezeigt zu sein? Imboden umschreibt den Zustand, in dem sich die Schweiz befand, als den einer «seltsamen Mittellage zwischen ungebrochener Zuversicht und nagendem Zweifel». Das «selbstverständliche Einvernehmen mit der politischen Umwelt» sei zerbrochen. In Imbodens Tagebuch, das ich auswerten durfte, finden sich weitere, nicht einzig durch die 1960er-Jahre hervorgerufene Einschätzungen, welche die Grundbefindlichkeit des Autors offenlegen: «Das Bewusstsein einer erdrückenden Unwahrheit unserer Gesellschaft liegt seit meiner Jugend auf mir. Man lässt ungesagt, was als elementare Wahrheit gesagt werden sollte. Man nimmt Vorhandenes und Fragwürdiges hin, ohne daran zu glauben und nur um sich die Anstrengung der Infragestellung zu ersparen. Dabei ist die Brüchigkeit jedem bewusst, oder zum mindesten doch ist sie dem besseren Ich eines jeden bewusst. Eine unserer Hauptsünden ist die Trägheit, die beschönigende Selbsttäuschung aus Bequemlichkeit. Die letzten zwei Jahrzehnte haben diese Neigung nicht unbeträchtlich vermehrt. Und alle haben wir uns in Helvetien darin gütlich getan.» (1. Dezember 1964)

Eine kleine Ungerechtigkeit besteht darin, dass Imbodens Reformaufruf auch darum bemerkenswert erscheint, weil er nicht von einem notorischen Nonkonformisten, sondern von einer letztlich sehr bürgerlichen Autorität ausging. Das machte seine Position besonders interessant und wertvoll, gab den Befunden mehr Gewicht, als wenn sie von einem «ewigen» Linken gekommen wären.

Imboden beklagte die «urhelvetische Neigung», die Einschätzung des sachlich Möglichen vom politisch Tragbaren abhängig zu machen. In diesem Punkt dachte er nicht unähnlich wie der politisch radikalere Max Frisch. 1955, also wenige Jahre vor dem «Malaise», stellte Frisch fest, dass sich die Schweiz mit Ideen und ihrer Umsetzung schwer tue, und prägte dann den kleinen, aber überaus denkwürdigen Satz: «Man ist nicht realistisch, indem man keine Idee hat.»

Max Imboden als Lehrer des öffentlichen Rechts an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

In der über 550-jährigen Geschichte der Juristischen Fakultät der Universität Basel war Max Imboden zweifelsohne eine der bedeutenderen Persönlichkeiten. Für die Entwicklung des öffentlichen Rechts in der Schweiz war sein Wirken prägend und seine Ideen hallen bis in die Gegenwart nach, wie noch zu sehen sein wird. In der Ahnengalerie der Basler Juristenfakultät nimmt Max Imboden neben Carl Binding, Eugen Huber, Georg Jellinek, Andreas Heusler, Rudolf von Jhering, Bernhard Windscheid, Ernst Rabel, Andreas von Tuhr und Carl Wieland zu Recht einen Ehrenplatz ein.¹ Kurz nach dem Jubiläum der Basler Alma Mater scheint es gerechtfertigt, Max Imboden in der Geschichte der Basler Juristischen Fakultät zu verorten und auf einige Vorgänger Imbodens einzugehen, wobei sich die Ausführungen auf den Fachbereich des öffentlichen Rechts beschränken.

Max Imbodens Vorgänger in Basel

Das öffentliche Recht im streng juristischen Sinne ist eine relativ junge Disziplin.² Allerdings haben sich Juristen seit jeher mit Fragen beschäftigt, die heute klarerweise dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Offizieller Lehrstuhlinhalt wurde das öffentliche Recht in Basel erstmals 1706, als dem Lehrstuhl für Institutionen auch das öffentliche Recht zugeordnet wurde.³ Nach den Reformen von 1818 und 1835 wurde das öffentliche Recht nur fragmentarisch vertreten, bis ihm 1891 ein eigener Lehrstuhl gewidmet wurde, den Max Imboden als sechster Vertreter von 1953 bis zu seinem frühen Tode 1969 innehatte.⁴

Als erste Persönlichkeit Erwähnung verdient Peter von Andlau (um 1420-1480), der bei der Gründung der Universität Basel eine wichtige Rolle ge-

* Ronald Kunz, lic. phil. et lic. iur., Basel.

¹ Vgl. Ronald Kunz: Geschichte der Basler Juristischen Fakultät 1835-2010 (Hrsg. Felix Hafner, Kurt Seelmann und Thomas Sutter-Somm), Basel 2011.

² Andreas Kley: Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich 2011, 9 ff.

³ Andreas Staehelin: Geschichte der Universität Basel 1632-1818, Teil I, Basel 1957, 291.

⁴ Für die Zeit von 1818 bis 1835 vgl. Andreas Staehelin: Geschichte der Universität Basel 1818-1835, Basel 1959, 43 ff. und 176 ff.; für die Zeit nach 1835 vgl. Kunz (FN. 1), insb. 147 ff. und 290.

spielt hatte und in der Anfangszeit ein Schwergewicht in der Juristischen Fakultät war.⁵ Mit seinem 1460 verfassten Werk „*Libellus de Cesarea Monarchia*“ hat er eine erste Darstellung des Staatsrechts des Heiligen Römischen Reichs geliefert, dem Basel in dieser Zeit noch zugehörig war. Dieses Werk ist bis ins 18. Jahrhundert rezipiert worden.⁶ Im 17. Jahrhundert ragt Johann Rudolf von Waldkirch (1677-1757) hervor. Mit seinem 1721 erschienenen Hauptwerk „*Gründliche Einleitung zu der Eydgenössischen Bundes- und Staats-Historie*“ versuchte er, aus historischer Sicht einen Grundstein einer eidgenössischen Staatsrechtslehre zu legen.⁷

Von grosser Bedeutung für das schweizerische Staatswesen waren in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Gebrüder Ludwig und Wilhelm Snell, die beide aufgrund politischer Verfolgung in Deutschland wegen ihrer republikanischen Gesinnung in der Schweiz ihr Refugium gefunden haben.⁸ Wilhelm Snell (1789-1851), der von 1821 bis 1833 an der Basler Fakultät gelehrt hatte, war politisch aktiv, 1833 wegen seiner Parteinahme für die Basler Landschaft in der Stadt Basel nicht mehr tragbar, und publizierte ein Werk über das Naturrecht.⁹ 1833 war er kurzzeitig Professor an der neugegründeten Universität Zürich, 1834 der erste Rektor der Universität Bern und daselbst bis 1845 und von 1849 bis 1851 Professor.¹⁰ Von grösserer Wichtigkeit für das schweizerische öffentliche Recht war sein Bruder Ludwig Snell (1785-1854), der von 1827 bis 1828 bloss als Privatdozent an der Philosophischen Fakultät in Basel gewirkt hatte, sich danach in Zürich habilitierte und von 1833 bis 1834 als Professor für Geschichte und Philosophie und von 1834 bis

⁵ Vgl. v.a. Guido Kisch: *Die Anfänge der Juristischen Fakultät der Universität Basel 1459-1529*, Basel 1962, 28 f., 53 und 65 f.

⁶ Peter von Andlau: *Kaiser und Reich* (lateinisch und deutsch; hrsg. von Rainer A. Müller), Frankfurt a.M. 1998; Joseph Hürbin: *Der „Libellus de Cesarea monarchia“ von Hermann Peter aus Andlau*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, Bd. 12 (1891), 34 ff. und Bd. 13 (1892), 163; ders.: *Peter von Andlau – der Verfasser des ersten deutschen Reichsstaatsrechts*, Strassburg 1897.

⁷ Staehelin (FN 3), 314 f.; Edgar Bonjour: *Die Universität Basel von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Basel 1960¹, 295 f.

⁸ Staehelin (FN 4), 76, 176, 186.

⁹ Wilhelm Snell: *Naturrecht*, Bern 1859.

¹⁰ Ausführlich zu Wilhelm Snell: [Ohne Autor]: *Wilhelm Snell's Leben und Wirken*, Bern 1851; Andreas Heusler [-Ryhiner]: *Ein Geschichtsblatt aus der Periode der Karlsbader Beschlüsse, Verhandlungen deutscher Grossmächte mit der Schweiz über die Auslieferung Wilhelm Snells und Karl Follens in Basel*, in: *Protestantische Monatsblätter für innere Zeitgeschichte* 1868, 207 ff.; zudem Michael Lauener: *Jeremias Gotthelf – Prediger gegen den Rechtsstaat*, Zürich/Basel/Genf 2011, 228 ff., 277 ff., 371 ff.

1836 an der Universität Bern Staatswissenschaften lehrte.¹¹ Mit seinen Schriften, etwa dem sogenannten „Memorial von Küsnacht“, dem „Verfassungsentwurf des Kantons Zürich“, und „Leitende Gesichtspunkte für eine schweizerische Bundesreform“ hat er zur Entstehung des Bundesstaates 1848 in seiner radikalen republikanischen Gestalt entscheidend beigetragen. Von grossem Wert war auch sein „Handbuch des schweizerischen Staatsrechts“, einer Sammlung von bundes- und kantonrechtlichen Gesetzen und Konkordaten.¹²

Von 1830 bis 1868 lehrte Andreas Heusler-Ryhiner (1802-1868), mit Unterbrüchen, und aufgrund seines gleichzeitigen Mandates als Ratsherr zeitweise als Privatdozent und später als persönlicher Ordinarius das Staatsrecht. In seinen Schriften befasste er sich vor allem mit historischen Ereignissen in der Eidgenossenschaft.¹³ In den Jahren 1868 bis 1884 war die Lehre des Verfassungsrechts an der Basler Juristenfakultät nicht direkt vertreten. Stattdessen verwiesen die Vorlesungsverzeichnisse auf die Lehrveranstaltungen zur Verfassungsgeschichte des Historikers Wilhelm Vischer-Heussler (1833-1886), der jedoch regelmässig an den Versammlungen der Juristischen Fakultät teilgenommen hat.¹⁴ Von 1884 bis 1888 las Eugen Huber (1849-1923), der Vater des schweizerischen Zivilgesetzbuches, der aber aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Redaktor der „Neuen Zürcher Zeitung“ in der Bundeshauptstadt Bern einen vertieften Einblick in die eidgenössische Politik gewonnen hatte, neben dem schweizerischen Zivilrecht das Bundesstaatsrecht.¹⁵ 1889 entschloss sich die Juristische Fakultät, Georg Jellinek (1851-1911), aus heutiger Sicht wohl einer der grössten Vertreter des öffentlichen Rechts, der vermutlich aufgrund seiner jüdischen Herkunft in seiner Heimatstadt Wien kein Ordinariat erlangen konnte, als persönlicher Ordinarius anzustellen. Freilich blieb er bloss ein Semester in Basel. Jellinek zeichnet sich vor allem

¹¹ Ausführlich zu Ludwig Snell: Heinrich Stiefel: Dr. Ludwig Snells Leben und Wirken, Zürich 1858; Anton Scherer: Ludwig Snell und der schweizerische Radikalismus, Freiburg i.Ue. 1954; Kölz, Alfred: Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1990, 299 ff.; Stefan G. Schmid: Ein zweites Vaterland: wie Ludwig Snell Schweizer wurde, in: Isabelle Haener (Hrsg.): Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich/Basel/Genf 2003, 263 ff.; Theodor Brunner: Erinnerungen an Ludwig Snell, Stäfa 1954; Lorenz Engi: Staatsdenker, Zürich/Basel/Genf 2011, XV ff.

¹² Ludwig Snell: Ansichten und Vorschläge in Betreff der Verfassung und ihrer Veränderung [sogenanntes „Memorial von Küsnacht“], Zürich 1830; ders.: Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und ächten Repräsentativsystem, Zürich 1831; ders.: Leitende Gesichtspunkte für eine schweizerische Bundesrevision, Bern 1848; ders.: Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, 2 Bde., Zürich 1837, 1845.

¹³ Zu Andreas Heusler-Ryhiner vgl. Kunz (FN 1), 148 f. und 211 ff. m.w.Hinw.

¹⁴ Vgl. Kunz (FN 1), 149.

¹⁵ Vgl. Kunz (FN 1), 149 und 216 ff. m.w.Hinw.

durch seine zweiseitige Sicht, nämlich eine soziologische und eine juristische, auf das Staatsrecht aus. Insbesondere seine Definitionen, z.B. diejenige des Staates, bilden auch heute wichtige Grundlagen.¹⁶

Erster Inhaber des 1891 geschaffenen Lehrstuhles für öffentliches Recht wurde der Oesterreicher Edmund Bernatzik (1854-1919), heute kaum noch bekannt, der aber ein wichtiger Grundsteinleger der Wissenschaft des Verwaltungsrechts war. Er war auch der erste, der dieses Fach in Basel gelesen hat. Bernatzik hat Basel bereits 1893 wieder verlassen.¹⁷ Ursprünglich zur Verstärkung des Strafrechtes wurde 1892 Lassa Oppenheim (1858-1919) als persönlicher Ordinarius angestellt. Er vertrat aber nach dem Rücktritt Bernatziks zudem Fächer des öffentlichen Rechts, darunter auch das Völkerrecht. 1895 entschloss sich Oppenheim nach einem aus seiner Sicht unfairen Gerichtsurteil in einer ihn betreffenden Sache und wegen des angeblich „ungesunden Klimas“ in Basel zu einer Karriere in Grossbritannien, wo er unter dem Namen Lassa Francis Lawrence Oppenheim aufgrund seines völkerrechtlichen Grundlagenwerks „International Law“, das bis heute immer wieder neu aufgelegt wird, im ganzen anglo-amerikanischen Sprachraum Berühmtheit erlangte.¹⁸ Kurze Zeit, von 1895 bis 1897 lehrte Ludwig Rudolf von Salis (1863-1934), damals in der Lehre noch mit Schwergewicht dem Privatrecht zugewandt, das Staatsrecht.¹⁹ Mit seiner im Auftrag des Bundesrates erstellten vierbändigen Sammlung der Rechtspraxis im Staats- und Verwaltungsrecht, „Schweizerisches Bundesrecht“, hat er ein Grundlagenwerk geliefert.²⁰ In der Stellung eines persönlichen Ordinarius hat Paul Speiser (1846-1935), der auf kantonaler und eidgenössischer Ebene eine politische Karriere durchlief, im Steuerrecht ein wichtiges Fundament errichtet und hat diese Materie erstmals in der Schweiz als eigenständiges Fach gelehrt.²¹

Von herausragender Bedeutung für das schweizerische öffentliche Recht war Fritz Fleiner (1867-1937), der von 1897 bis 1905 in Basel sein erstes

¹⁶ Vgl. Kunz (FN 1), 149 ff. und 228 ff.; Peter Goller: Georg Jellinek und Edmund Bernatzik. Zwei österreichische Staatsrechtslehrer an der Universität Basel, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), 475 ff.

¹⁷ Vgl. Kunz (FN 1), 151 ff.; Goller (FN 16), 475 ff.

¹⁸ Vgl. Kunz (FN 1), 156 f. und 131 ff., m.w.Hinw.

¹⁹ Vgl. Kunz (FN 1), 82 ff. und 156.

²⁰ Ludwig Rudolf von Salis: Schweizerisches Bundesrecht, staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874, 4 Bde., Bern 1891-1893¹. Eine von Walther Burckhardt erstellte Fortsetzung in sechs Bänden erschien von 1930 bis 1932: Walther Burckhardt: Schweizerisches Bundesrecht, Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903, 6 Bde., Frauenfeld 1930-1932.

²¹ Vgl. Kunz (FN 1), 87 ff.

Ordinariat innehatte.²² Er ist der Begründer der ersten Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, der des Kantons Basel-Stadt. Mit seinen Werken die „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts“ und das „Schweizerische Bundesstaatsrecht“, die aber nach seiner Basler Zeit entstanden sind, hat er bedeutende Grundlagen für die Lehre des schweizerischen öffentlichen Rechts geschaffen.²³ In vielerlei Hinsicht kann Max Imboden, zwar über Zaccaria Giacometti nur indirekt dessen Schüler, als Nachfolger Fleiners betrachtet werden.²⁴ An die Stelle Fleiners, der nach Tübingen und später nach Heidelberg wechselte und von 1915 bis 1936 in Zürich lehrte, trat 1905 der Oesterreicher Hans von Frisch (1875-1941). Seine Mutter war die Schwester des Romanisten Adolf Exner, der von 1868 bis 1872 in Zürich lehrte. Sie stand in langjähriger Korrespondenz mit Gottfried Keller. In der Schweiz hat er insbesondere mit Kritik an der Wissenschaft des öffentlichen Rechts für Polemik gesorgt und verstarb 1941 in Wien als ein überzeugter Nationalsozialist.²⁵ Beinahe ein halbes Jahrhundert, von 1912 bis 1953, war die Lehre des öffentlichen Rechts in Basel in den Händen von Erwin Ruck (1882-1972).²⁶ Zum schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht hat er Lehrbücher verfasst, hinterliess aber im schweizerischen öffentlichen Recht keine bleibenden Spuren.²⁷ Im Steuerrecht und Völkerrecht war Jacob Wackernagel (1891-1967) als persönlicher Ordinarius in Basel tätig. Er zeigte Ende der Dreissigerjahre aber in seinen Auffassungen, etwa in seinem Werk „Der Wert des Staates“, eine gewisse Sympathie für das faschistische Italien und nationalsozialistische Deutschland.²⁸ Nachfolger von Erwin Ruck auf dem gesetzlichen Lehrstuhl für öffentliches Recht in Basel wurde 1953 Max Imboden, nachdem an seiner Heimatuniversität Zürich keine Aussicht auf Beförderung bestand. Ihm sind nun die folgenden Ausführungen gewidmet.

²² Zu Fritz Fleiner insb. Roger Müller: *Verwaltungsrecht als Wissenschaft*, Fritz Fleiner 1867-1937 (Zürich 2005; Frankfurt a.M. 2006). Vgl. auch Kunz (FN 1), 157 ff. und 194 ff.; Engi (FN 11), XLV ff.; Kley (FN 2), insb. 68 ff.

²³ Fritz Fleiner: *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1911¹; ders.: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923¹.

²⁴ Vgl. Kley (FN 2), 406 f.

²⁵ Vgl. Kunz (FN 1), 159 ff., Kley (FN 2), 3 ff.

²⁶ Vgl. Kunz (FN 1), 163 ff. und 256 ff.

²⁷ Erwin Ruck: *Schweizerisches Staatsrecht*, Zürich 1933¹; ders.: *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, 2 Bde., Zürich 1934-1938¹.

²⁸ Vgl. Kunz (FN 1), 165 ff.

Max Imbodens Werdegang vor der Berufung nach Basel

Bei seinem Stellenantritt in Basel verfügte der 1915 in St. Gallen geborene Max Imboden schon über einen reichen Erfahrungsschatz. Sein Studium in Rechtswissenschaften durchlief Imboden an den Universitäten Genf, Bern und Zürich.²⁹ 1939 promovierte er in Zürich bei Zaccaria Giacometti mit einer Dissertation zum Thema „Bundesrecht bricht kantonales Recht“, in der es um die Kompetenzaufteilung von Bund und Kantone und die derogatorische Kraft von Bundesrecht ging.³⁰ Anschliessend arbeitete Imboden bis 1943 als Substitut am Bezirksgericht Horgen, wo bereits seine grosse Begabung auffiel. 1944 habilitierte er in Zürich mit der Schrift „Der nichtige Staatsakt, eine verwaltungsrechtliche Studie“, in der er aufgrund der Lehre und Praxis das Phänomen der Nichtigkeit und ihren Folgen umfassend analysierte.³¹

Später nahm Imboden in Zürich seine Lehrtätigkeit als Privatdozent in den Fächern Steuerrecht und kantonales Verwaltungsrecht auf, und wirkte seit 1946 als Rechtskonsulent der Stadt Zürich. In dieser Funktion war er mit der juristischen Begutachtung der Geschäfte des Stadtrates und der Prozessführung für die Stadt betraut und kam dadurch mit den verschiedensten Sparten des Verwaltungsrechts und der Verwaltungspraxis in Berührung. Zur selben Zeit begann Imboden eine umfangreiche Tätigkeit als Experte bei der Vorbereitung gesetzgeberischer Erlasse. 1946 legte er ein Gutachten zur Bereinigung der eidgenössischen Gesetzessammlung vor; die dort vorgeschlagene Revision wurde zwei Jahre später umgesetzt.³² Für den Kanton Zürich erarbeitete er die Grundlagen für die Gesetzgebung der Verwaltungsrechts-

²⁹ Zur Biographie von Max Imboden vgl. Kunz (FN 1), 223 ff. m.w.Hinw.; Engi (FN 11), XCV ff.; Andreas Kley: Max Imboden – Aufbruch in die Zukunft, in: Martina Caroni et. al. (Hrsg.): Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich 2011, 117 ff.; ders (FN 2), insb. 398 ff.; Georg Kreis: Das „Helvetische Malaise“ Max Imbodens historischer Zuruf und seine überzeitliche Bedeutung, Zürich 2011, insb. 34 ff. Eine umfassende Darstellung zum Leben und Wirken von Max Imboden liegt noch nicht vor.

³⁰ Max Imboden: Bundesrecht bricht kantonales Recht, ein Beitrag zur Lehre vom Bundesstaat unter Verarbeitung der schweizerischen Staatsrechtspraxis, Aarau 1940. Später als Aufsatz: ders.: Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F., Bd. 61 (1942), 203 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 127 ff.

³¹ Max Imboden: Der nichtige Staatsakt, eine verwaltungsrechtliche Studie, Zürich 1944.

³² Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Herausgabe einer bereinigten eidgenössischen Gesetzessammlung, umfassend die Jahre 1848-1947, in: BBl. 1946 I 387 ff.

pflge und des Steuerwesens. 1949 wurde Imboden zum nebenamtlichen Extraordinarius an der Universität Zürich ernannt. Als Max Imboden 1953 mit 38 Jahren zum Ordinarius für öffentliches Recht nach Basel berufen wurde, verfügte er bereits über eine ansehnliche Publikationsliste in den Bereichen Steuerrecht, Gemeindeautonomie, Finanzpolitik, Eigentumsgarantie und Verwaltungsrechtspflege.³³

Max Imboden in Basel

In Basel begann Imboden eine umfangreiche Lehrtätigkeit. Zuerst gehörten die Kernfächer Allgemeines und Schweizerisches Staats- und Verwaltungsrecht zu seinem Lehrpensum, später setzte er sich vermehrt mit staatsrechtlichen Fragen auseinander. Er bot Lektüreeveranstaltungen zur Staatslehre an und thematisierte die Grundprobleme des schweizerischen Staatswesens. Nicht gelehrt hat Imboden allerdings das Völkerrecht. Dieses Fach wurde von Jacob Wackernagel, Max Hagemann und von 1965 bis 1969 durch Gastlehreraufträge von Rudolf Bindschedler und Dietrich Schindler abgedeckt. 1959 hielt sich Imboden als Gastdozent an der Freien Universität in Berlin auf. In den Jahren 1956/57 und 1962/63 hatte er die Stellung eines Dekans inne, 1963 bis 1965 stand er der Universität sogar als Rektor vor. Rufe auch an ausländische Universitäten lehnte er stets ab.³⁴ Während seiner Lehrtätigkeit in Basel waren im Bereiche des Römischen Rechts August Simonius und Johannes Georg Fuchs, im Privatrecht Max Gerwig, Hans Hinderling, Karl Spiro, Frank Vischer und Frédéric-Edouard Klein, im Strafrecht Oscar Adolf Germann, Günter Stratenwerth und Carl Ludwig, in der neueren Rechtsgeschichte Jacob Wackernagel und Hans Rudolf Hagemann seine Kollegen. Im öffentlichen Recht ist mit der Schaffung eines weiteren Lehrstuhles 1963 Kurt Eichenberger (1922-2005), der mit Imboden manche Auffassungen teilte, hinzugekommen. Als Extraordinarii – der Lehrkörper der Fakultät war damals ausschliesslich männlich – lehrten gleichzeitig Hans Peter Tschudi, Bundesrat von 1959-73, Max Staehelin-Dietschy, Werner Scherrer, Hans Peter Friedrich, Ernst Wolf, Hans Dubs und Ernst Fischli, als Ehrendozenten Guido Kisch und Hans Peter Zschokke, und als Privatdozenten Peter Noll, Alfred Kuttler, Walter Studer und Adrian Staehelin.³⁵

³³ Einige Aufsätze sind enthalten in: Max Imboden: Staat und Recht, ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971. Ein umfassendes Schriftenverzeichnis von Max Imboden ist zu finden in: Peter Saladin, Luzius Wildhaber (Hrsg.): Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, 393 ff.

³⁴ Vgl. Vorlesungsverzeichnisse der Universität Basel von 1953 bis 1969.

³⁵ Vgl. Kunz (FN 1), 294 ff.; Vorlesungsverzeichnisse der Universität Basel von 1953 bis 1969.

Neben seiner Anstellung als Ordinarius war Imboden als Vertreter der Freisinnig-Demokratischen Partei Mitglied des Appellationsgerichtes Basel-Stadt, Abgeordneter des Grossen Rates und schliesslich von 1965 bis 1967 Mitglied des Nationalrates. Auf eidgenössischer Ebene verfasste er Vorentwürfe für den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege³⁶ und für das Verwaltungsverfahrensgesetz,³⁷ das 1968 in Kraft trat und trotz der jüngst realisierten Justizreform – allerdings in stark abgeänderten Form – immer noch Gültigkeit hat.³⁸ Durch seine Stellung als Rektor der Universität Basel im Jahr 1963 kam er mit den Problemen der Entwicklung des schweizerischen Hochschulwesens in Berührung und setzte sich auch in den darauf folgenden Jahren mit diesem Thema auseinander. 1965 wurde Imboden vom Bundesrat zum ersten Präsidenten des neugeschaffenen Wissenschaftsrats ernannt. In dieser Funktion legte er Entwürfe zur Hochschulgesetzgebung sowie einen Bericht zum Ausbau der schweizerischen Hochschulen vor.³⁹ Auf regionaler Ebene befasste sich Imboden mit der 1969 gescheiterten Wiedervereinigung der Basler Halbkantone.⁴⁰ Ausserdem gehörte Imboden dem Bankrat der Basler Kantonalbank an.

Nicht zuletzt war Max Imboden jedoch ein wichtiger Impulsgeber für eine Totalrevision der Bundesverfassung. Von der Einsicht geleitet, dass die bisherige Verfassung den modernen Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr genüge, arbeitete er bereits 1959 gemeinsam mit Studierenden im

³⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, in: BBl. 1965 II 1265 ff., insb. 1296 ff.; Bundesgesetz über die Aenderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, in: BBl. 1968 II 1200 ff. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Organisationsgesetz, OG) wurde am 1. Januar 2007 im Rahmen der Justizreform durch das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) und das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) ersetzt.

³⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren, in: BBl. 1965 II 1348 ff., insb. 1357 ff.; Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, in: BBl. 1968 II 1222 ff.

³⁸ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

³⁹ Schweizerischer Wissenschaftsrat (Hrsg.): Ausbau der schweizerischen Hochschulen (Bearbeiter: Max Imboden und Peter Saladin), Bern 1967.

⁴⁰ Patrick Müller: Das gescheiterte Wiedervereinigungsverfahren der Halbkantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt, Basel 2004, 153 f. und 194; Max Imboden: Die Basler Wiedervereinigung als staatsrechtliches Problem, in: Basler Juristische Mitteilungen, 1956, 1 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33).

Rahmen eines Seminars einen Verfassungsentwurf aus,⁴¹ der als „juristische Utopie“ veröffentlicht wurde und durchaus auf Beachtung stiess. Im Vorfeld der geplanten und schliesslich gescheiterten Wiedervereinigung der beiden Basler Halbkantone beschäftigte sich Imboden als Mitglied des Verfassungsrates mit der Ausarbeitung einer gesamtbaslerischen Verfassung.⁴² Ebenso gilt er als Schöpfer der Verfassung des Kantons Nidwalden.⁴³ 1964 gab Imboden durch seine Schrift „Helvetisches Malaise“,⁴⁴ die im Gefolge zur sogenannten Mirage-Affäre entstand, bei der es um eine massive Kostenüberschreitung bei der Beschaffung von Kampfflugzeugen ging und Mängel in der schweizerischen Rechts- und Verfassungsordnung offenlegte, einen weiteren entscheidenden Anstoss zum Vorhaben einer Totalrevision der Bundesverfassung.⁴⁵ Bereits im folgenden Jahr wurde die „Arbeitsgruppe Wahlen“ gebildet, in der Imboden als Nationalrat wiederum eine führende Rolle einnahm.⁴⁶ Bis zum Inkrafttreten der neuen revidierten Bundesverfassung vergingen noch über 30 Jahre, und mit dem krankheitsbedingten frühen Tod von Max Imboden am 7. April 1969 in Basel, fehlte der Revisionsbewegung eine wichtige treibende Kraft.

Nach Max Imbodens Tod blieb sein Lehrstuhl vorerst vakant. Erst 1972 wurde Peter Saladin (1935-1997) zum Nachfolger bestimmt, nachdem der aus Zürich stammende, in Mainz lehrende Peter Schneider als Kandidat definitiv weggefallen war. Saladin hat Basel aber bereits 1976 in Richtung Bern verlassen.⁴⁷

⁴¹ Die Bundesverfassung, wie sie sein könnte: Verfassungsentwurf erarbeitet von Studenten der Juristischen Fakultät der Universität Basel unter Leitung von Max Imboden, Basel 1959; auch enthalten in: Staat und Recht (FN 33), 219 ff.

⁴² In der Bibliothek der Juristischen Fakultät der Universität Basel existiert ein „Nachlass Imboden“, in dem ein persönlicher Entwurf von 1963 einer Verfassung für den wiedervereinten Kanton Basel enthalten ist. Vgl. auch die Verfassungsentwürfe in den Berichten des Verfassungsrates für ein wiedervereinigtes Basel, Basel 1962-1969.

⁴³ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1966 I 40 ff.; Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1966 I 278 ff. Die Verfassung von Nidwalden von 1965 steht immer noch in Kraft.

⁴⁴ Max Imboden: „Helvetisches Malaise“, Zürich 1964; auch enthalten in: Staat und Recht (FN 33), 279 ff.; jetzt neu ediert und kommentiert von Georg Kreis: Das „Helvetische Malaise“ Max Imbodens historischer Zuruf und seine überzeitliche Bedeutung, Zürich 2011.

⁴⁵ Auch die neue Verfassung von 1999/2000 konnte nicht verhindern, dass es in der Bundespolitik immer wieder zu ähnlichen Ungereimtheiten wie bei der „Mirage Affäre“ kommt.

⁴⁶ Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung: Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern 1973, 6.

⁴⁷ Vgl. Kunz (FN 1), 168 f.

Publikationen und Publizistik

In seinen zahlreichen Publikationen verstand es Max Imboden immer wieder, Grundfragen und Grundprobleme des Schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechts in den Vordergrund zu rücken. Dabei war er bestrebt, bestimmten, rechtlich wenig abgesicherten Phänomenen des Verwaltungsrechts eine juristisch-dogmatische Verankerung zu verleihen. Ausserdem setzte er sich, die Tradition von Fritz Fleiner fortsetzend, zur besseren Absicherung der Rechtsstaatlichkeit gegenüber der exekutiven Gewalt für eine Erweiterung der Verwaltungsrechtspflege und der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein.⁴⁸ Nach seiner Dissertation über die derogatorische Kraft von Bundesrecht und seiner Habilitation über den nichtigen Staatsakt erschien 1958 eine Untersuchung zum verwaltungsrechtlichen Vertrag.⁴⁹ In einem Referat von 1959 mit dem Titel „Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut“, ordnete er diesen zwischen Rechtssatz und Verfügung ein.⁵⁰ Weitere Studien befassten sich mit Themen wie dem Schutz vor Willkür,⁵¹ der Eigentumsgarantie,⁵² der Gemeindeautonomie,⁵³ der Rechtsstaatlichkeit,⁵⁴ der Verwaltungsorganisation,⁵⁵ dem Ermessen in der Verwaltung⁵⁶ sowie mit steuerrechtlichen und finanzpo-

⁴⁸ Max Imboden: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung (Antrittsrede), Basel 1954¹, auch in: Staat und Recht (FN 33), 3 ff.; ders.: Ideal und Wirklichkeit der schweizerischen Administrativjustiz, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 53 (1957), 49 ff. (Auswahl).

⁴⁹ Max Imboden: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958.

⁵⁰ Max Imboden: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in: Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. XVII (1960), 113 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 387 ff.

⁵¹ Max Imboden: Der Schutz vor staatlicher Willkür, Zürich 1945, auch in: Staat und Recht (FN 33), 145 ff.

⁵² Max Imboden: Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 1944, 269 ff. und 292 ff.; ders.: Der Schutz der Eigentumsgarantie, in: Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Fritzsche, Zürich 1952, 43 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 337 ff.

⁵³ Max Imboden: Die Organisation der schweizerischen Gemeinde, in: ZBl. 46 (1945), 353 ff. und 377 ff.; ders.: Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, 89 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 351 ff.

⁵⁴ Max Imboden: Gestalt und Zukunft des schweizerischen Rechtsstaates, Basel 1960, auch in: Staat und Recht (FN 33), 463 ff.

⁵⁵ Max Imboden: Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation, in: ZBl. 52 (1951), 1 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 447 ff.

⁵⁶ Max Imboden: Grundsätze des administrativen Ermessens, in: Festschrift für Irene Blumenstein, überreicht zum 70. Geburtstag, Bern 1966, 65 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 417 ff.

litischen Fragen.⁵⁷ In einer weiteren Reihe von Publikationen setzte Imboden sich mit Fragen der Staatstheorie auseinander. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang insbesondere seine Schriften zu Montesquieu, Rousseau und Bodin.⁵⁸ Als Hauptwerke Imbodens gelten die 1959 erstmals erschienene Studie „Die Staatsformen“ und die Schrift „Die politischen Systeme“ von 1962.⁵⁹ Schliesslich begründete Imboden 1960 die Sammlung „Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung“, in der die wichtige Judikatur auf diesem Gebiet systematisch geordnet, aufgearbeitet und leicht zugänglich gemacht wurde. Dieses Werk, welches in mehreren Neuauflagen erweitert wurde, diente den im Verwaltungsrecht tätigen Juristen lange Zeit als wichtiges Hilfsmittel.⁶⁰

Ganz allgemein prägte der Bezug zur Praxis und Politik das wissenschaftliche Wirken von Max Imboden. So blieb der Politiker Imboden als Wissenschaftler nicht im Elfenbeinturm verhaftet. Einige seiner Schriften tragen einen publizistischen Charakter und erzeugten eine Wirkung in die Breite, wie etwa das „Helvetische Malaise“, die unter dem Pseudonym „Publius“ in der National-Zeitung erschienenen zahlreichen „Splitter“ sowie etliche Artikel und Wortmeldungen in weiteren Tageszeitungen und an ein grösseres Publikum gerichtete Zeitschriften, die danach oft als Separata erschienen sind.⁶¹ Nicht zuletzt aufgrund dieser zum Teil auch provokativen und polemischen Aufsätze ist es zu erklären, dass Imboden einer weiten Öffentlichkeit Stoff und Anregungen zur Diskussion und wirksame Impulse an die Politik

⁵⁷ Max Imboden: Die Einheit der Familie im Steuerrecht, in: Der Schutz der Familie, Festgabe für August Egger, Zürich 1945, 377 ff.; ders.: Unmittelbare Demokratie und öffentliche Finanzen, in: Probleme der öffentlichen Finanzen und der Währung, Festgabe für Eugen Grossmann, Zürich 1949, 106 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 163 ff.; ders.: Grundfragen der Eidgenössischen Finanzreform, Basel 1956, auch in: Staat und Recht (FN 33), 511 ff. (Auswahl).

⁵⁸ Max Imboden: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959, auch in: Staat und Recht (FN 33), 55 ff.; ders.: Rousseau und die Demokratie, Tübingen 1963, auch in: Staat und Recht (FN 33), 75 ff.; ders.: Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre (Rektoratsrede), Basel 1963, auch in: Staat und Recht (FN 33), 93 ff.

⁵⁹ Max Imboden: Die Staatsformen, Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen, Basel/Stuttgart 1959¹; ders.: Die politischen Systeme, Basel/Stuttgart 1962.

⁶⁰ Max Imboden: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, Basel/Stuttgart 1960¹. Die nach 1969 erschienenen Auflagen wurden von René Rhinow und Beat Krähenmann überarbeitet.

⁶¹ Eine umfangreiche Sammlung von Zeitungsartikeln von Max Imboden sind im „Nachlass Imboden“ in der Bibliothek der Juristischen Fakultät der Universität Basel enthalten (Signatur: JF M Conv M 21, vgl. FN 42).

liefern konnte. Imboden zeigte dabei stets „Mut zum politischen Gedanken“⁶² und zeigte auf, wie etwas „sein könnte“⁶³ oder sein sollte.

Verwaltungsgerichtsbarkeit und Hochschulreform, zwei Hauptanliegen Max Imbodens

Am politischen System der Schweiz kritisierte Imboden grundsätzlich den schwindenden Einfluss der Legislativen gegenüber der Exekutiven, und insbesondere, dass die Verwaltung eine zu grosse Rolle bei der Gesetzgebung einnimmt. Er plädierte dafür, dass die Exekutivgewalt auch in der Leistungsverwaltung bloss zum Erlass von Vollzugsverordnungen ermächtigt sein soll.⁶⁴ Anknüpfend an Fritz Fleiner forderte er die Schaffung einer umfassenden, unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, um die Rechtsstaatlichkeit und den Schutz des Einzelnen vor der Verwaltung zu stärken. Gleichzeitig betonte er die Wichtigkeit der Schaffung eines Verwaltungsverfahrenrechts.⁶⁵ Ein Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in den letzten Jahren durch die Umsetzung der Justizreform, der Schaffung des Bundesverwaltungsgerichtes und der Vorschrift an die Kantone zur Etablierung von Gerichten in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten realisiert worden.⁶⁶ Betreffend das materielle Verwaltungsrecht forderte er die Herausarbeitung von allgemeinen Prinzipien in einer einheitlichen Praxis anstelle einer Flut von Gesetzen.⁶⁷ Mit

⁶² Anspielung auf den Aufsatz von Max Imboden: Mut zum politischen Gedanken, in: Zofingia 8/1965, 1 ff.

⁶³ Anspielung auf den Titel des mit Basler Studenten erarbeiteten Verfassungsentwurfs: Die Bundesverfassung – wie sie sein könnte, Basel 1959.

⁶⁴ Max Imboden: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1962², insb. 7 ff. und 41 ff., Text der Erstauflage von 1954, auch in: Staat und Recht (FN 33), 5 ff. und 29 ff. Ferner ders.: Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F., Bd. 66 (1947), 1a ff.; ders.: Ideal und Wirklichkeit der schweizerischen Administrativjustiz, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 53 (1957), 449 ff.; ders.: Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 78/I (1959), 59 ff., auch in: Staat und Recht (FN 33), 367 ff.; ders.: Gestalt und Zukunft des schweizerischen Rechtsstaates, Basel 1960, auch in: Staat und Recht (FN 33), 463 ff.

⁶⁵ Max Imboden: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1962², insb. 28 ff., Text der Erstauflage von 1954 auch in: Staat und Recht (FN 33), 19 ff.; ders.: Ideal und Wirklichkeit der schweizerischen Administrativjustiz, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 1954, 5 f.

⁶⁶ Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: BBl. 2001 4202 ff. und Art. 191b Abs. 1 BV.

⁶⁷ Max Imboden: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1962², insb. 39 ff., Text der Erstauflage von 1954 auch in: Staat und Recht (FN 33), 27 ff.

seinem Werk „Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung“⁶⁸ setzte er die von Fritz Fleiner in den „Institutionen“⁶⁹ eingeleitete Systematisierung des Verwaltungsrechts fort und hat zudem eine wichtige Grundlage zur Systematisierung der von ihm propagierten allgemeinen Prinzipien erarbeitet, in Ergänzung zu den unvollendet gebliebenen „Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts“ seines Lehrers Zaccaria Giacometti (1893-1970).⁷⁰

Als Max Imboden 1963 in die Hochschulpolitik einstieg, befand sich diese in einem Umbruch, den er entscheidend mitgeprägt hat. Imboden hat die Bildung als kostbares Gut in der rohstoffarmen Schweiz erkannt. Er setzte sich für eine Erhöhung des Anteils der Akademiker in der Bevölkerung von 8 auf 15 % ein, für die Sicherung einer hohen Qualität des Forschungsstandortes Schweiz sowie für die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und Innovation der schweizerischen Industrie. Sein Kampf galt dem Rückstand und der Zersplitterung. Dabei sollte die Schweiz auch an internationalen Forschungsgemeinschaften teilhaben und den Austausch mit dem Ausland ausbauen. Neben einer Erhöhung der Ausgaben sowie der Professorenzahl und der Gründung neuer Hochschulen, setzte er sich für die Förderung bei der Schaffung von neuen Lehrmitteln und Fachzeitschriften sowie für die Errichtung von Forschungsinstituten ein. Das Hochschulwesen sollte in der Schweiz mit einer modernen Verwaltungsstruktur zentral koordiniert werden, unter der Beachtung der Autonomie der Bildungsanstalten von der Politik. Er verlangte den Ausbau des Schweizerischen Nationalfonds, die Förderung der Mittelschulen, des Mittelbaus, von Frauen und Begabten und die Chancengleichheit auch für Unterschichten. Er forderte die bessere und bedarfsorientierte Strukturierung der Bildungsgänge, gegliedert in zwei Stufen, und die Erhöhung der Erfolgsquote. Weiter sollten Nachdiplomstudien zur Spezialisierung und Fortbildung geschaffen werden.⁷¹

⁶⁸ Max Imboden: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, Basel/Stuttgart 1960¹.

⁶⁹ Fritz Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1911¹.

⁷⁰ Zaccaria Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (unvollendet).

⁷¹ Vgl. zum Ganzen insb. Max Imboden: Unsere Wissenschaftspolitik, in: Berner Student vom 30. Oktober 1967; ferner ders.: Probleme der schweizerischen Wissenschaftspolitik, in: Neue Zürcher Zeitung vom 2. November 1967, 1 f.; ders.: Die Förderung der wissenschaftlichen Ausbildung und der Ausbau der schweizerischen Hochschulen, in: National-Zeitung vom 27. Juni 1965 (Sonntagsbeilage); ders.: Die Neugestaltung der schweizerischen Universitäten (Rektoratsrede), Basel 1964; ders.: Die Neugestaltung der schweizerischen Hochschulen, in: Konstanzer Blätter für Hochschulfragen 1965, Heft 2, 64 ff.; Schweizerischer Wissenschaftsrat: Ausbau der Schweizerischen Hochschulen (Max Imboden und Peter Saladin), Bern/Basel 1967; Max Imboden: Das zukünftige Bild der schweizerischen Hochschulen, in: Schweize-

Max Imbodens Rolle für die Verfassungsrevision

Bereits zur Zeit des Ersten Weltkrieges und seit 1933 hat es mehrere Vorstösse von verschiedenen Seiten für eine Totalrevision der Bundesverfassung gegeben, die Initiative der faschistischen „Nationalen Front“ mündete 1935 gar in einer Abstimmung, die aber glücklicherweise abgelehnt wurde.⁷² Es folgten weitere Vorstösse, etwa von sozialistischer Seite oder von der Neuen Helvetischen Gesellschaft und 1946 in Form einer Standesinitiative des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt, zu der sich die Bundespolitik aber erst 1959 geäussert hat. Der letztere, nicht formulierte Vorstoss enthielt bereits Postulate wie Sicherung der Demokratie und Volksrechte,⁷³ Gleichberechtigung von Mann und Frau, Schaffung einer Gesetzesinitiative, Formulierung kollektiver und individueller Freiheitsrechte, und Bildung einer Wirtschaftsverfassung.⁷⁴

Möglicherweise unter dem Eindruck dieser Basler Standesinitiative⁷⁵ und des deutschen Grundgesetzes hat sich Imboden entschlossen, zu einer Verfassungsrevision einen Impuls zu geben. Gemeinsam mit Studenten hat er einen Verfassungsentwurf ausgearbeitet und unter dem Titel „Die Bundesverfassung – wie sie sein könnte“ publiziert.⁷⁶ In diesem Entwurf sind einerseits bereits formulierte Ideen enthalten wie etwa die Gesetzesinitiative⁷⁷ und das Frauenstimmrecht,⁷⁸ andererseits beinhaltet er auch neue Konzepte, nun

rische Hochschulzeitung, Bd. 40 (1967), Heft 5/6 (Sonderheft zum 50. Jubiläum der Vereinigung schweizerischer Hochschuldozenten), 266 ff.; ders.: Die Zukunft der schweizerischen Hochschulen, in: Schweizerische Zeitschrift für Nachwuchs und Ausbildung, Bd. 6 (1967), Heft 1/2, 1 ff. (sämtliche Texte im „Nachlass Imboden“ enthalten, vgl. FN 42 und 61).

⁷² Zur jüngeren Verfassungsgeschichte vgl. etwa René Pahud de Mortanges: Schweizerische Rechtsgeschichte, ein Grundriss, Zürich/St.Gallen 2007, 173 ff. sowie BBl. 1959 II 1294 ff., insb. 1298 ff.

⁷³ Diese Forderung dürfte durch die damals fortwährende Wirksamkeit der Vollmachtsbeschlüsse zu erklären sein. Vgl. René Pahud de Mortanges (FN 72), 190.

⁷⁴ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Initiativbegehren des Kantons Basel-Stadt betreffend die Totalrevision der Bundesverfassung, in: BBl. 1959 II 1294 ff.

⁷⁵ Auf diese Initiative nimmt Max Imboden explizit Bezug in: Max Imboden: Die Totalrevision der Bundesverfassung, in: ZSR N.F., Bd. 87/I (1968), 499.

⁷⁶ Die Bundesverfassung, wie sie sein könnte: Verfassungsentwurf erarbeitet von Studenten der Juristischen Fakultät der Universität Basel unter Leitung von Max Imboden, Basel 1959; auch enthalten in: Staat und Recht (FN 33), 219 ff.

⁷⁷ 1958 eingereichte Volksinitiative zur Einführung der Gesetzesinitiative auf Bundesebene, vgl. BBl. 1960 I 361, gescheitert in der Volksabstimmung vom 22. Oktober 1961.

⁷⁸ 1952 eingereichtes Postulat zur Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene, vgl. BBl. 1957 I 665, gescheitert in der Volksabstimmung vom 1. Februar 1959.

gebündelt, ausformuliert und einem breiteren Publikum unterbreitet. Einige Ideen stehen bis heute noch in Diskussion, wie etwa die Schaffung einer vollumfänglichen Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Entwurf soll im Folgenden kurz vorgestellt und einzelne Bestimmungen besonders hervorgehoben werden.

Im Vorwort stellte Max Imboden in Anlehnung an Walther Burckhardt (1871-1939), der einen Kommentar zur BV von 1874 verfasst hat,⁷⁹ fest, dass die Bundesverfassung von 1874 zahlreichen Änderungen unterworfen war, und dabei ihren Charakter als Ganzes verloren hat: „So droht heute die wirkliche Verfassung in der Menge des verfassungsfremden Stoffes zu ersticken. Dem Juristen ist damit aufgegeben – um nochmals mit Walter Burckhardt zu sprechen – „das viele Metall einzuschmelzen und das gebundene Gold daraus zu gewinnen“. [...] Im Bestreben, das Notwendige vom Beiläufigen zu sondern, den Verfassungstext von immer mehr überrankenden Beiwerk zu säubern und die grossen Linien des staatlichen Gefüges wiederum bildhaft werden zu lassen, ist der vorliegende Entwurf entstanden.“

Der Entwurf beginnt mit einer Präambel mit einer *Invocatio* Gottes sowie mit einer Anspielung an die früheren Bündnisse der Eidgenossenschaft und ist im Weiteren in fünf Abschnitte gegliedert. Im ersten Abschnitt mit dem Titel „Bund und Kantone“ (Art. 1-6) ist in groben Zügen das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen beschrieben. Der zweite Abschnitt, „Rechte und Pflichten der Bürger“ (Art. 7-14) enthält einen Katalog der Freiheitsrechte, Bestimmungen zum Rechtsschutz, Bürgerrecht und zu den politische Rechten. Der dritte Abschnitt, „Aufgaben des Bundes“ (Art. 15-27) umfasst eine klar gegliederte Aufteilung der Kompetenzordnung. Weiter folgt eine Bestimmung zur Wirtschaftsfreiheit, aber auch zu den Besteuerungsbefugnissen. Im vierten Abschnitt, „Bundesbehörden“ (Art. 28-56) sind allgemeine Bestimmungen enthalten, etwa das Volk als oberste Gewalt, die Gewaltentrennung, das Öffentlichkeitsprinzip, die Verantwortlichkeit der Behörden und die Sprachen, und regelt dann die Aufgaben der Bundesversammlung (Legislative), des Bundesrates (Exekutive), des Bundesgerichtes (Judikative) und die Mitwirkung des Volkes. Der fünfte Abschnitt schliesst mit Bestimmungen zur Verfassungsrevision (Art. 57-60).

Es folgen nun einige interessante Einzelpunkte:

- *Ein Grundrechtskatalog (Art. 8)*: Unter dem Titel „Freiheitsrechte“ wird die Freiheit und Würde des Menschen als Grundprinzip festgehalten. Es folgt ein unter Gebrauch des Wortes „insbesondere“ nicht abschliessender Katalog einzelner Garantien, wie etwa die Glaubens- und Gewissensfrei-

⁷⁹ Walther Burckhardt: *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Bern 1905¹. Burckhardt war von 1902 bis 1909 Ordinarius in Lausanne, und von 1909 bis 1939 in Bern.

heit, die Meinungsfreiheit, die körperliche Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit, die Unverletzlichkeit der Wohnung die Vereins- und Versammlungsfreiheit, der Schutz der wohlerworbenen Rechte mit Entschädigungspflicht, die Niederlassungsfreiheit und die freie Berufswahl. Der Grundrechtekatalog ist zwar nicht so umfassend wie in der geltenden Bundesverfassung oder in der EMRK, bedeutet aber gegenüber der Bundesverfassung von 1874, wo viele Grundrechte ungeschriebenes Recht waren, ein grosser Fortschritt.

- *Das Aktivbürgerrecht auch für Frauen (Art. 10-11)*: Die Bestimmung hält fest, dass auch Frauen alle politischen Rechte ausüben können. Eine umfassende Gleichstellung der Geschlechter ist im Entwurf allerdings nicht explizit formuliert. Auf eidgenössischer Ebene ist das Frauenstimmrecht per Abstimmung erst 1971 eingeführt worden. Im Kanton Appenzell Innerrhoden dauerte es bis 1990.
- *Die Möglichkeit, statt Militärdienst Zivildienst leisten zu können (Art. 13)*: Eine Option für Zivildienst ist in der Schweiz 1996 eingeführt worden, 2009 ist sogar der Nachweis eines Gewissenskonfliktes entfallen.⁸⁰
- *Die Pflicht zur Teilnahme an Abstimmungen und Wahlen (Art. 13)*: Wohl aufgrund der schwindenden Beteiligungsrate an Abstimmungen und Wahlen sah der Entwurf eine Pflicht zur Teilnahme vor.⁸¹ Auf eidgenössischer Ebene hatte jedoch eine solche Bestimmung keine Chance.⁸²
- *Eine klare Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen (Art. 17-20)*: Die Bestimmungen enthalten eine Gliederung der Bereiche in ausschliessliche Kompetenzen des Bundes, Gesetzgebungsermächtigung, Rahmengesetzgebungskompetenz. In der geltenden Bundesverfassung ist hingegen nach Bereichen gegliedert der jeweilige Umfang der Kompetenzen des Bundes umschrieben (Art. 54-125 BV)
- *Eine klare Regelung der Besteuerungskompetenzen (Art. 24-27)*: Die Grundsätze der Besteuerung haben in den Art. 126-135 BV Eingang in die geltende Verfassung gefunden.
- *Das Öffentlichkeitsprinzip (Art. 30)*: Im Entwurf war eine generelle Öffentlichkeit der Tätigkeit der Bundesversammlung und des Bundesgerichtes sowie ein Einsichtsrecht für jedermann in die Akten der Bundesverwaltung vorgesehen. Eine solche Bestimmung fehlt in der geltenden Ver-

⁸⁰ Vgl. Bundesgesetz für den zivilen Ersatzdienst, SR 824.0.

⁸¹ Imboden hat das Desinteresse der Bevölkerung an Abstimmungen und Wahlen im „Helvetischen Malaise“ kritisiert.

⁸² Allerdings sieht etwa Art. 23 der Verfassung des Kantons Schaffhausen eine Pflicht zur Teilnahme an Abstimmungen und Wahlen vor.

fassung. Allerdings sind in Einzelgesetzen Regeln des Öffentlichkeitsprinzips enthalten.

- *Die Befugnis der Exekutiven, nur Vollzugsverordnungen zu erlassen (Art. 39 und 46)*: Eine entsprechende Regelung zur Absicherung des Legalitätsprinzips fehlt in der geltenden Bundesverfassung. Allerdings umfasst Art. 164 der Bundesverfassung einen Katalog, der die Bereiche umschreibt, in denen Bestimmungen durch die Legislative in Gestalt eines Gesetzes im formellen Sinne erlassen werden muss (sogenannter Gesetzesvorbehalt).
- *Die Möglichkeit der Gesetzesinitiative auch seitens des Volkes durch Einreichung von 50'000 Unterschriften (Art. 44)*: Eine Regelung für eine allgemeine Volksinitiative, welche die Volksrechte ausdehnen und den Eingang verfassungsfremder Bestimmungen eindämmen sollte, ist zwar 2003 durch Abstimmung in Gestalt des Art. 139a in die Bundesverfassung eingefügt,⁸³ aber durch eine weitere Abstimmung 2009, mit dem Argument fehlender Umsetzbarkeit, wieder aus der Verfassung gekippt worden.⁸⁴
- *Die Wahl eines Bundesrates zum Bundespräsidenten auf zwei Jahre (Art. 45)*: Im Rahmen der Diskussion über eine Staatsleitungsreform wurde auch mehrmals eine Verlängerung und Stärkung der Bundespräsidentenschaft erörtert.⁸⁵ In jüngster Zeit ist die Idee, eine zweijährige Bundespräsidentenschaft einzuführen, vom Parlament wieder verworfen worden.
- *Die Einsetzung eines Justizkanzlers zur Überwachung der Rechtmässigkeit der Tätigkeit der Bundesversammlung (Art. 47)*: Der im Entwurf vorgesehene Posten eines Justizkanzlers nach dem Vorbild nordischer Staaten ist, soweit ersichtlich, in der schweizerischen Politik nicht zur Diskussion gekommen.
- *Die gleichberechtigte Verwaltungsgerichtsbarkeitskompetenz des Bundesgerichtes neben Zivil- und Strafgerichtsbarkeit (Art. 51)*: Nach Gutheissung der Justizreform im Jahre 2000 durch das Volk ist 2005 das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von verwaltungsrechtlichen Sachverhalten, die sich auf Bundesrecht stützen, gegründet worden. In den meisten Fällen können Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes an das Bundesgericht weitergezogen werden. Ausserdem wurden die Kantone dazu verpflichtet, ihrerseits Verwaltungsgerichte einzusetzen.⁸⁶

⁸³ Vgl. BBl. 2002 6485 ff.

⁸⁴ Vgl. BBl. 2009 2907 f.

⁸⁵ Vgl. BBl. 2002 2095 ff., insb. 2118, 2122; BBl. 2010 7811 ff., insb. 7816 ff.

⁸⁶ Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: BBl. 2001 4202 ff. und Art. 191a und 191b BV.

- *Die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit mit Befugnis zur Überprüfung der Verfassungskonformität von Bundesgesetzen (Art. 52):* Aufgrund des Art. 190 der geltenden Verfassung ist eine solche Überprüfung als Ausdruck der Vorrangigkeit des Demokratieprinzips vor dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip nicht zulässig. Der Bundesrat hat nun den beiden Kammern einen Bundesbeschluss vorgelegt, in dem eine ersatzlose Streichung von Art. 190 BV vorgesehen ist.⁸⁷ Allerdings hat der Ständerat unlängst betreffend diese Vorlage ein Nichteintreten beschlossen, womit diese wieder an den Nationalrat geht.

Die Standesinitiative des Kantons Basel-Stadt und der Entwurf der Basler Studierenden alleine vermochten die Diskussion im Bundesparlament noch nicht in Bewegung zu bringen. Allerdings war Imbodens Schrift „Helvetisches Malaise“ wohl ein Auslöser für den weiteren Gang der Verfassungsrevision. Die Motion von Peter Dürrenmatt 1966 im Nationalrat auf eine Totalrevision der Bundesverfassung bis zum Jahr 1974, die Imboden mitunterzeichnet hat,⁸⁸ und eine entsprechende Motion von Karl Obrecht im Ständerat machten nun die Totalrevision zum politischen Traktandum.⁸⁹ In der Folge setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Arbeitsgruppe unter Alt-Bundesrat Friedrich Wahlen ein, der auch Max Imboden bis zu seinem Tode angehörte.⁹⁰ Imboden publizierte während dieser Zeit weitere Artikel, in denen er sich für eine Totalrevision, unter Wahrung des Bewährten, stark machte.⁹¹ Diese Kommission legte 1973 einen Bericht vor,⁹² auf dessen Basis unter dem Vorsitz von Kurt Furgler eine Expertenkommission 1977 einen Verfassungsentwurf erarbeitete,⁹³ der aber in der Vernehmlassung abgelehnt wurde. Erst Imbodens vormaliger Kollege in Basel, Kurt Eichenberger, brachte mit seinem Konzept der Nachführung das Revisionsvorhaben wieder ins Rollen.⁹⁴ Unter dem damaligen Bundesrat Arnold Koller ist ein Verfassungsprojekt erarbeitet worden, das 1999 von Volk und Ständen ange-

⁸⁷ Vgl. BBl. 2011 7271 ff. und BBl. 2011 7287 f.

⁸⁸ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1966 II 412 ff.

⁸⁹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1966 II 168 ff.

⁹⁰ Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht der Arbeitsgruppe, [Bern] 1973, 6.

⁹¹ Max Imboden: Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft, Bern 1966, auch in: Staat und Recht (FN 33), 309 ff.; Die Totalrevision der Verfassung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 87/I, 499 ff. auch in: Staat und Recht (FN 33), 323 ff.

⁹² Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht der Arbeitsgruppe, [Bern] 1973.

⁹³ Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung: Verfassungsentwurf, Bern 1977; dies.: Bericht, Bern 1977.

⁹⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 1997 I 1 ff., zur Rolle Eichenbergers und seines Artikels „Realitätsgebundene Verfassungsrevision“ in der Neuen Zürcher Zeitung vom 12. Mai 1986, 37.

nommen, und 2000 in Kraft getreten ist.⁹⁵ Wie erörtert sind dabei einige Konzepte und Ideen aus Imbodens Entwurf von 1959 eingeflossen.

Schlussbetrachtung

Wie schon Peter von Andlau, Johann Rudolf von Waldkirch, Ludwig Snell, Ludwig von Salis und Fritz Fleiner, seine Vorgänger in Basel, war Max Imboden bestrebt, das öffentliche Recht zu sammeln, zu ordnen und zu strukturieren. Aufbauend auf Fleiners „Institutionen“ hat Imboden in seiner Sammlung „Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung“ die verwaltungsrechtliche Praxis geordnet und als Politiker den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene vorangetrieben. Im Verfassungsrecht hat er wie schon in der ersten Hälfte Ludwig Snell einen gemeinsam mit Basler Studierenden erarbeiteten Entwurf vorgelegt, der für die künftige Bundesverfassung prägend war. Max Imboden bildet somit ein wichtiges Glied in der Entwicklung des öffentlichen Rechts in der Schweiz.

⁹⁵ Vgl. zum Ganzen auch René Pahud de Mortanges (FN 72), 194 f.

Max Imboden, der Unbekannte

Wie wird man einem Menschenleben auf wenigen Druckseiten gerecht? Auf welche Weise ist der Mensch hinter der öffentlichen Figur, welche Max Imboden in seiner Zeit zweifellos war, sichtbar zu machen, wenn sein Sohn kaum die Hälfte dieses bewegten und intensiven Lebens aus eigener Anschauung kennt?

Sicher kann es nicht um den Versuch einer auf objektiver Sicht basierenden Biografie gehen; eine solche hat Georg Kreis kürzlich in seiner kommentierten Neuauflage des ‚Helvetischen Malaise‘ vorgelegt.¹ Bestenfalls kann der Sohn einige Steinchen zu jenem Mosaik beisteuern, aus welchem menschliche Biografien bestehen, Steinchen, die nicht primär etwas zu tun haben mit dem ‚öffentlichen‘ Max Imboden, dem Staatsphilosophen, Hochschullehrer und Politiker, sondern mit dem weniger oder gar unbekanntem Max Imboden. Und doch findet man in jedem dieser Steinchen immer auch den ganzen Menschen.

Meine Mosaiksteinchen stammen aus drei verschiedenen, subjektiv ausgewählten Quellen: erstens aus meiner persönlichen Erinnerung, zweitens aus schriftlichen Zeugnissen von Max Imboden selbst und ihm nahestehender Personen und drittens aus Aussagen – oder eher Gerüchten – von Dritten über ihn. Ein Beispiel aus der letzten Gruppe vermittelt einen Einstieg in Max Imbodens Familienleben.

Gatte und Vater

Anfangs der Sechzigerjahre, als die ersten seiner Kinder den Schritt von Basels Schulen an die Universität machten, stiessen sie mit Staunen auf ein an der Universität Basel zirkulierendes Gerücht, Imboden sei zwar verheiratet, aber kinderlos. Eine Variante dieses Gerüchtes attestierte Max Imboden wenigstens einen einzigen, adoptierten Sohn.

Seine Zeitgenossen hätten wohl über ein Bild gestaunt, welches im Frühsommer 1953, kurz vor dem Umzug der Familie von Küsnacht am Zürichsee nach Basel, vor dem Ritterhaus in Bubikon entstanden war.

* Prof. Dr. sc. nat., Professor für Umweltphysik an der Eidg. Technischen Hochschule (ETH) Zürich

¹ Georg Kreis, ‚Das „Helvetische Malaise“ – Max Imbodens historischer Zuruf und seine überzeitliche Bedeutung, Verlag NZZ, Zürich, 2011



Max Imboden mit seinen 5 Kindern (von links nach rechts) Dorothea Hedwig Esther, Regula Elisabeth, Johannes Ulrich, Christoph Niklaus und rechts vom Vater Dietrich Max, Sommer 1953 beim Ritterhaus Bubikon ZH

Fünf Sprösslinge drängen sich da an den erst 38-jährigen Vater, welcher in seinem aus heutiger Sicht nicht so ganz zum sonntäglichen Familienausflug passenden dunklen Anzug voller Vaterstolz in die Kamera schaut. Die Jüngste, Dorothea Hedwig Esther (1951), war damals noch nicht zweijährig, die Älteste, Regula Elisabeth (1942), welche die kleine Schwester auf dem Schoss hält, eben elf. Näher beim Vater – vielleicht auch das ein Zeichen jener Zeit – und altersmässig von den beiden Mädchen eingerahmt finden sich die drei Buben (von rechts nach links und mit dem vollen Taufnahmen benannt) Dietrich Max (1943), Christoph Niklaus (1946) und Johannes Ulrich (1947).

Hatte man Max Imboden an der Uni Basel als zu introvertiert, ja zu prüde eingeschätzt, als dass man ihm das Kinderzeugen zugetraut hätte? – Es ist wahr, über gewisse Dinge sprach er nicht gerne; die Aufklärung seiner Kinder war sicher nicht seine Stärke, aber das galt in jener Zeit noch für viele andere Eltern. Aber prüde wäre das falsche Wort, er war eher scheu und respektvoll gegenüber seinen Mitmenschen, insbesondere gegenüber Frauen, und hatte wahrscheinlich keine Ahnung, dass gerade diese Eigenschaften ihn schon in jungen Jahren für Frauen attraktiv gemacht haben mussten. Selber erinnere ich mich sehr gut daran, wie ihn Menschen, welche ihm als Kollegen, Lehrer oder Chef begegneten, schätzten und gar verehrten. Der Respekt vor dem Mitmenschen äusserte sich in einer liberalen, neugierigen und geradezu mo-

dernen und toleranten Haltung des Vaters gegenüber seinen Kindern, dem die Erziehung im Sinne eines in eine bestimmte Richtung gehenden Zwangs zuwider war: „Man ändert einen Menschen nicht mehr, wenn er das Schulalter erreicht hat“, pflegte er gegenüber seiner Frau zu sagen, wenn sie den Kindern erzieherisch allzu sehr auf den Leib rückte.

Die Gründung einer Familie und die Elternschaft waren wichtig für sein Lebensbild. Die Familie und die damit verbundene Geborgenheit, die intakte Familie also, stellten gleichsam die Basis der menschlichen, insbesondere der staatlichen Gemeinschaft dar, welche ja zeitlebens im Zentrum seines Interesses als Lehrer und Forscher gestanden hat. Die Familie als erster Ort des Diskurses und Dialogs für den heranwachsenden Menschen – gerade weil dieses Bild, wie wir noch sehen werden, in seiner eigenen Jugend durch Streit und Zwiespalt getrübt worden war, trafen ihn Auseinandersetzungen in seiner eigenen Ehe und Familie an einem wichtigen Lebensnerv. Wir Kinder spürten in solchen Momenten seine innere Betroffenheit und Abwehr. Bei persönlichen Belangen, niemals aber bei Auseinandersetzungen sachlicher Art, könnte man geradezu von einer Konfliktscheu sprechen.

Ohne diesen ausgeprägten Familiensinn hätte sich Elisabeth Stahel wohl kaum in Max verliebt und ihm schon sechs Wochen nach ihrer ersten Begegnung ihr Eheversprechen gegeben. Elisabeth stammte aus einer gut bürgerlichen Familie in Küsnacht. Sie war 18 Tage älter als Max und als ein in ihrer frühestens Jugend eher kränkliches Kind der in St. Gallen praktizierenden Kinderärztin Frau Dr. Frida Imboden-Kaiser vorgeführt worden, als die Familie Stahel – das Leben erfindet seine besonderen Zufälle – im Jahre 1915, dem Geburtsjahr von Elisabeth und Max, in St. Gallen wohnte. Die Ärztin hätte damals, so wurde uns berichtet, den Eltern Stahel gesagt, sie habe selber einen fast gleichaltrigen Sohn, der sei kerngesund und in seiner Entwicklung einiges weiter. – Wer hätte damals vorausgesagt, das kränkliche Mädchen würde dereinst den gesunden Buben um mehr als 36 Jahre überleben!

Elisabeth hatte schon in ihrer Kindheit davon geträumt, später eine grosse Familie mit mindestens zehn Kindern zu haben. Max und Elisabeth lernten sich im Jahre 1938 kennen; ein gemeinsamer Freund hatte für einen festlichen Anlass den Vermittler gespielt, als Max Imboden Zentralpräsident der Zofingia war.



Max Imboden als Zentralpräsident der Zofingia, 1938

Der Funke sprang schnell und heftig. Die beiden hätten wohl am liebsten sofort geheiratet, doch der gestrenge Schwiegervater Alfred Stahel gestattete als Ökonom seiner Tochter die Heirat nicht, bevor Max sein Dokorexamen abgeschlossen und finanziell unabhängig war, dies obschon – oder vielleicht gerade weil – Alfred, der aus bescheidenen Verhältnissen stammte, es dank Talent und Fleiss zu einem gewissen Wohlstand gebracht hatte. Der dreijährigen Wartezeit verdanken wir einen eindrücklichen und innigen Briefwechsel zwischen Max und Elisabeth. Endlich am 19. Juni 1941, dem 26. Geburtstag von Max, durften Max und Elisabeth heiraten. Die Bilder von der Hochzeit im Hotel Storchen in Zürich lassen nicht ahnen, dass unterdessen in Europa der Zweite Weltkrieg ausgebrochen war. Pünktlich zehn Monate nach der Hochzeit kam die erste Tochter Regula Elisabeth zur Welt. Und so ging es weiter mit dem Kinderkriegen, wenn auch doch nicht bis zu der einst geplanten Zahl von zehn.



Hochzeitsfeier von Elisabeth Stahel und Max Imboden am 19. Juni 1941
im Hotel Storchen in Zürich. Stehend Alfred Stahel, Elisabeths Vater.

War Max ein guter Vater? – Nicht alle meine Geschwister würden darauf wohl gleich antworten, doch für mich als zweites Kind und ältesten Sohn lautet die Antwort ohne Einschränkungen ja. Natürlich arbeitete er immer enorm viel und hatte entsprechend wenig Zeit für seine Kinder. Aber nicht die Anzahl der ‚Kontaktstunden‘ zählte für mich, sondern das, was in diesen Stunden geschah. Aber eigentlich war er zuhause sehr präsent, denn an der Universität Basel gab es damals für die Professoren der juristischen Fakultät weder Büro noch Sekretärin (letztere Funktion erfüllte zu grossen Teilen meine Mutter). Max Imboden arbeitete zuhause in einem Studierzimmer voller Bücher, mit gepolsterter Türe vom familiären Lärm abgeschirmt. So erlebten wir unseren Vater nicht nur an Wochenenden, sondern Tag für Tag an den gemeinsamen Mittagessen, als jeweils, wie es damals üblich war, sich für zwei Stunden die Schulhäuser entleerten und zuhause die Mütter und Ehefrauen am Mittagstisch die Gruppendynamik unter Kontrolle zu halten versuchten. Unser Vater sprach meist wenig, wenn er aus seiner Klause am Tisch erschien, wirkte oft zerstreut und war in Gedanken noch bei seinen Büchern und Artikeln, an denen er gerade schrieb. Auch wenn ihm unsere Mutter deswegen manchmal mangelnde Teilnahme am Familienleben vorwarf, uns Kinder störte das wenig. Wir inszenierten unsere eigene, meist laute und heftige Gesprächsdynamik und spürten dabei intuitiv, dass der Vater sehr wohl wahrnahm, was sich an seinem Familientisch abspielte und den Betrieb als stiller Beobachter im Geiste der erwähnten Familiengeborgenheit durchaus genoss. Nur bei allzu heftigen Streitigkeiten intervenierte der Streitaverse manchmal impulsiv.

Dort wo es ihm wichtig schien, waren sein Einfluss und sein Vorbild für uns Kinder intensiv und nachhaltig. Alles überragend war seine Liebe zur klassischen Musik, besonders zur Oper. Obschon er selber kein Musikinstrument spielte, war für ihn das aktive Musizieren in der Familie selbstverständlich. Alle Kinder durften ein oder mehrere Musikinstrumente lernen. Unsere Mutter begleitete die verschiedenen Ensembles auf dem Klavier souverän. Für meine ältere Schwester Regula und mich bedeutete die frühe Begegnung mit der Oper sicher das einprägsamste Erlebnis unserer musikalischen Früherziehung. Als Rechtskonsulent der Stadt Zürich durfte Max Imboden im Opernhaus jederzeit gratis die Stadtratloge benützen. So sassen meine Schwester und ich, wir waren kaum dem Kindergarten entwachsen, in der Zauberflöte, dem Fliegenden Holländer und dem Freischütz und erlebten dort einen sichtlich bewegten, ja manchmal geradezu aufgewühlten Vater.

Nicht weniger intensiv und prägend war seine Liebe zur Natur. In den Fünfzigerjahren verbrachten wir die Wochenenden meist auf dem Arxhof ob Bubendorf, wo meine Eltern das Stöckli gemietet hatten.



Stöckli auf dem Arxhof ob Bubendorf, wo die Familie von Max Imboden Ende der 1950er Jahre die meisten Wochenenden verbrachte. Im Jahre 1960 wurde der Hof an den Kanton Basellandschaft verkauft, 1971 wurde dort das Massnahmenzentrum für junge Erwachsene eröffnet.

In den Sommer- und Winterferien fuhren wir in die Berge, oft nach Preda im Albulatal, wo die Mutter von Max schon 1924 ein Maiensäss gekauft und 1960 unsere Eltern ihr eigenes Ferienhaus gebaut hatten.



Chesa Zuondra im Albulatal, das Ferienhaus der Familie von Max Imboden, 1961.
Hier entstand u.a. das ‚Helvetische Malaise‘

Diese Ferien bedeuteten für Max Imboden immer ein Nebeneinander von Erholung und Arbeit. Dort entstanden die meisten Bücher (auch das Helvetische Malaise), viele Gutachten und Vorlesungen. ‚Herumliegendeferien‘ am Meer hingegen figurierten nicht im Repertoire der Familie.

Fantasie und Lust an der Sprache

Zu den Voraussetzungen jedes erfolgreichen Forschers – besonders in den Geistes- und Sozialwissenschaften – gehört neben der Lust an der Sprache, d.h. am schriftlichen und mündlichen Formulieren, auch die Fantasie. Und diese hatte Max Imboden im Übermass. Sie entfaltete sich sowohl im Kleinen als auch im Grossen, sowohl im Spiel als auch in seinen Vorlesungen und Schriften. Er verfügte über eine ausgeprägte und blitzschnelle Assoziationsgabe und liebte Metaphern. Unvergessen sind für uns Kinder seine Erfindungsgabe anlässlich der familiären Spiele an den Sylvesterabenden, wenn es darum ging, auf gefalteten Papieren Beiträge zu Geschichten über Personen und ihre Taten zu erfinden, ohne dass man gewusst hätte, was die Person vorher aufs Papier geschrieben hatte. Wurden dann die Geschichten vorgelesen, so bestand jeweils absolut kein Zweifel darüber, welche Teile der ent-

standenen komischen Geschichten der Fantasie unseres Vaters entsprungen waren.

Sein besonderer Trick, seine Kinder für lange Touren zu animieren, bestand darin, ihnen Geschichten zu erzählen. Hauptpersonen dieser spontan erfundenen Geschichten waren ein Vater und sein Sohn. Die beiden waren jeweils in mysteriöse Begebenheiten verwickelt, welche sie natürlich dank ihres Spürsinn und scharfen Denkens – der Jurist und Forscher liess sich nicht verleumden – aufklärten. Den Plot des berühmten englischen Postzugraubs vom August 1963, bei dem ein Zug mit einem künstlich auf rot gestellten Signal angehalten worden war, hatte unser Vater schon Jahre zuvor erfunden, wenn auch seine Geschichte glücklicherweise nicht in England spielte, ansonsten ihm die englischen Untersuchungsbehörden damals womöglich noch auf den Leib gerückt wären.

Max Imboden, der Sprachgewaltige und Fantasievolle, trug sich zeitlebens mit dem Gedanken, Kriminalromane zu schreiben. Seine Ideen notierte er auf Karteikärtchen, wie er sie auch für seine ‚seriösen‘ Werke verwendete, manchmal in einer Art von Stenografie, die nur seine Frau zu entziffern vermochte. Aber seine Fantasie war nicht nur heiterer und unterhaltsamer Natur. In seinem Nachlass fanden sich drei Kurzgeschichten, welche dunkle Seiten und verborgene Ängste widerspiegeln. Sie tragen die Titel „Der Politiker“ (später in „Der Minister“ korrigiert), „Der Richter“ und „Der Professor“. Datierete handschriftliche Korrekturen zeigen, dass er noch in den letzten Monaten seines Lebens an diesen Geschichten gearbeitet hatte.

Besonders eindrücklich sind seine am 2. September 1968 (weniger als ein Jahr vor seinem Tod) eingefügten Korrekturen in der letzten der genannten Geschichten. Damals wusste er noch nichts von seiner Krankheit. Die Geschichte, von „Der Professor“ zu „Der Philosoph“ umbenannt, beschreibt einen Gelehrten, der sich in seiner Dissertation mit dem Verhältnis von Rousseau und Kant auseinandergesetzt hatte (mit beiden hatte sich Max Imboden in seiner Forschung beschäftigt), auf seinem Gang zu einer für ihn offenbar entscheidenden Fakultätssitzung. Im Universitätsgebäude betritt er den Lift. Anstatt zu steigen, fährt dieser mit dem erstaunten Philosophen nach unten in eine übersinnliche Traumwelt. Das handschriftlich ergänzte Ende der Erzählung lautet: „Als die Fakultätssitzung bereits eine halbe Stunde gedauert hatte und der Platz des Philosophen noch immer leer war, liess der Dekan nach ihm suchen. Man fand seine Leiche, die rechte Hand am Herzen, in der Liftkabine zusammengesunken.“

Dunkles aus der Jugend

Was wussten wir Kinder tatsächlich über unseren Vater? Was wussten wir von seiner Jugend ausser ein paar lustigen Geschichten über Jugendstreiche? – Es gab wenige emotionale Augenblicke, meist durch einen an sich banalen Streit in der Familie ausgelöst, wenn für kurze Zeit Vaters Erinnerungen an die Oberfläche traten, doch sie verdunkelten das Geheimnis eher noch, als dass sie es erhellten. Vieles davon verstanden wir erst viel später, lange nach seinem frühen Tod, als uns Briefe und Dokumente zugänglich wurden. Zu seinen Lebzeiten waren wir Kinder noch zu jung und zu sehr mit dem eigenen Leben beschäftigt, als dass sich Gespräche mit dem Vater zu diesen Themen hätten entwickeln können.

Natürlich kannten wir – vor allem von den Sommerferien in Preda – seine Mutter, Frau Dr. med. Frida Imboden, geborene Kaiser (1877-1962), Kinderärztin und eine der ersten praktizierenden Schweizer Ärztinnen.



Frida Imboden-Kaiser im Gespräch mit ihrem Sohn Max. Das Bild entstand anlässlich der Hochzeit von Elisabeth und Max am 19. Juni 1941.

Der Vater von Frida und Grossvater von Max, Adolf Kaiser, entstammte einer angesehenen Solothurner Familie. Er war Rektor der Kantonsschule St. Gallen und später dort Regierungsrat gewesen. Über das Leben und Wirken von Frida Imboden liessen sich Bände füllen. Sie selber hat, zum Schrecken ihres Sohnes Max, einige Jahre vor ihrem Tod dazu einen ziemlich unkriti-

schen und selbstlobenden Beitrag geliefert.² Tatsächlich war Frida Imboden eine ausserordentliche Frau, als unerschrockene Vorkämpferin für die Emanzipation und Selbständigkeit der Frau ihrer Zeit weit voraus, eine Grossmutter, die wir Enkel zugleich bewunderten als auch fürchteten. Von ihren zahlreichen Tätigkeiten seien lediglich die Gründung des St. Galler Kinderspitals im Jahre 1909³, die Mitgründung der Pro Juventute im Jahre 1913 sowie die jahrelange Aufklärungskampagne gegen die hohe Kindersterblichkeit und für das Stillen erwähnt; letztere habe, wie sie in ihren Erinnerungen schreibt, die Kindersterblichkeit in der Ostschweiz innerhalb weniger Jahrzehnte auf ein Drittel gesenkt.

Ihre Ausbildung und berufliche Tätigkeit liess ihr in den frühen Jahren keine Zeit, an die Gründung einer eigenen Familie zu denken, doch das Kinderhaben gehörte für Frida Imboden zu den selbstverständlichen gesellschaftlichen ‚Leistungen‘ einer Frau. Im Jahre 1913, im Alter von 36 Jahren, heiratete sie den drei Jahre jüngeren Psychiater Karl Imboden (1880-1941) und hatte mit ihm eine Tochter (Gertrude 1914) und zwei Söhne. Max (1915) war das mittlere Kind. Bei der Geburt des zweiten Sohnes Fritz (1920) war Frida Imboden bereits 43 Jahre alt.



Karl Imboden (1880-1941), der Vater von Max.

² Frida Imboden-Kaiser, *Aus Lebenserfahrungen und Erinnerungen*, Zollikofer Verlag St. Gallen, 1958

³ Anlässlich des 100. Geburtstages des Kinderspitals St. Gallen erschien eine Schrift, in der Frida Imboden ein eigenes Kapitel gewidmet ist. Josef Osterwalder, „Vorsicht Kinder...“, beim Kinderspital Ostschweiz zu beziehen.

Karl Imboden war Psychiater am Kantonsspital St. Gallen. Später führte er eine eigene psychiatrische Praxis. Er stammte aus Unterseen BE, wo sich jener Zweig der Walliser Imboden-Sippe niedergelassen hatte, der im Zuge der Gegenreformation des Oberwallis protestantisch geblieben war und deshalb das heimatliche Matteredal hatte verlassen müssen, was ihrem Stolz, Walser zu sein, allerdings keinen Abbruch getan hatte. Karl starb im Jahre 1941 an einem Herzleiden, noch vor der Geburt seines ersten Enkelkinds. Grossmutter Frida sprach aus Gründen, die ich erst später begriff, nicht von ihm. Nur wenig hörten wir über ihn, zum Beispiel dass er sehr feinfühlig und – im Vergleich zu seiner tatkräftigen Frau – in materiellen Dingen in einem gewissen Sinne lebensuntüchtig gewesen sei. Im Internet findet man ein paar Schriften von ihm, darunter den 1916 erschienenen Aufsatz „Das Werden der Persönlichkeit“ (Schriften der Union für Frauenbestrebungen [!] St. Gallen). Ein St. Galler Kollege von Karl, Dr. med. Adolf Löpf, erwähnt in einem Nachruf, der am 8. Januar 1941 im St. Galler Tagblatt erschienen war, Karls Erfolge bei der Heilung von scheinbar physisch gelähmten Personen mit Hilfe der psychoanalytischen Methode, welche damals in der Schweiz unter Bleuler und Jung im Aufschwung war. Weiter schreibt Löpf über Karl⁴: „Er war von tiefempfundener Herzensgüte und ungewöhnlicher Hingabefähigkeit; ob schon selber nicht frei von materiellen Sorgen, behandelte er immer eine grosse Zahl Kranker gratis.“

Die Heirat von Karl und Frida verband zwei Menschen, welche im Temperament unterschiedlicher kaum hätten sein können. Ihre Verbindung enthielt – für die Ehe und für die Nachkommen – das Potenzial sowohl zum Genialen als auch zum Scheitern. Letzteres war dann auch schon bald das Schicksal der Ehe. Nach der Geburt des dritten Kindes verschlechterte sich das Verhältnis zwischen den Ehepartnern zunehmend. Die Ehe wurde schliesslich geschieden, was die in St. Gallen hochgeschätzte Kinderärztin vor der Öffentlichkeit so gut als möglich zu verbergen versuchte, erst recht den Umstand, dass der ältere Sohn Max vom Gericht nicht der Mutter, sondern dem Vater zugesprochen worden war. Darunter hatte später sowohl der geschiedene Ehemann Karl als auch der ‚ungetreue‘ Sohn Max in verschiedener Weise zu leiden. So findet sich beispielsweise in der Urkunde einer von Frida Imboden im Jahre 1928 errichteten Familienstiftung zugunsten ihrer drei Kinder die Bestimmung, „sollte eines der Kinder der Stifterin durch Richterspruch dem Vater zur Erziehung überwiesen werden, so darf zu Lebzeiten der Stifterin eine Zuwendung an dieses Kind nur erfolgen, wenn sie selber dem Beschluss beigestimmt hat.“ Erst viele Jahre nach dem Tod von

⁴ Zitiert aus einer gedruckten Erinnerungsschrift für Karl Imboden, welche die Abdankungsrede und den erwähnten Nachruf umfasst.

Karl Imboden, als Max Imboden als geachteter Professor in Basel amtierte, verbesserte sich das gespannte Verhältnis zwischen Mutter und Sohn spürbar.

Max Imboden vereinigte – wie keines seiner beiden Geschwister – in seinem Wesen viele gute Eigenschaften seiner Eltern, doch die entstandene Kombination war nicht ohne Spannungen und Widersprüche. Von der Mutter erbte er Zielstrebigkeit und Durchsetzungsvermögen, vom Vater die grosse Sensibilität, aber auch dessen Verletzlichkeit. Auf die enge Verbindung zwischen Karl und Max, welche in einer tiefen Seelenverwandtschaft wurzelte, werden wir noch zu sprechen kommen. Zuerst aber möchte ich Max Imboden selber über seine eigene Jugend zu Wort kommen lassen.

Max Imboden über sich selbst: Kindheit und Berufswahl

Max Imboden hatte in den Jahren 1938/39 seine Jugend in einem wahrscheinlich für seine zukünftige Frau bestimmten Aufsatz „Aus der Kindheit und Jugendzeit“ geschildert. Ausgelöst durch seine Liebe zu Elisabeth und die geplante Gründung einer eigenen Familie waren damals offenbar in ihm ungelöste Spannungen aus seiner Jugend aufgebrochen, die ihn an sich als Menschen und künftigen Ehemann zweifeln liessen und ihn in eine Krise stürzten. Dass er sich durch den Prozess des Schreibens Klarheit zu schaffen versuchte, entsprach dem Naturell des Forschers und Denkers. Die Aufzeichnungen beginnen so:

„Kein Mensch kann sich wohl voll und ganz mit der Vorstellung abfinden, dass er gleichsam „einen Anfang in der Zeit“ hat. Was wir von aussen als „gezeugt und geboren werden“ verstehen, empfinden wir in uns selbst als das Erwachen von einer dumpfen und schweren Trauer, als das Hinaustreten aus einer ewigen Nacht.“

Nach sorglosen Jahren der frühen Kindheit trifft ihn mit sechs Jahren im Oktober 1921 eine schwere Krankheit. Er nennt diese Zeit die ‚Vertreibung aus dem Paradies‘: Zeichen seien diesem Einbruch vorausgegangen. So wurde er auf einem Spaziergang mit seinem Vater Zeuge, wie im Sturm eine grosse Tanne vor ihnen über den Weg stürzt. Die Tanne war sein von den Eltern im Vorgarten an der Notkerstrasse gepflanzter Lebensbaum. Diesem wurde kurz nach dem ersten Erlebnis vom Wind die Spitze gebrochen. Max kämpft während eines halben Jahres mit der Krankheit. Im Frühling 1922 entwickelt sich diese zu einer Brustfellentzündung und ein Teil der Lunge muss operativ entfernt werden.

In der Schule spürt Max einen gewissen Hang zur Einsamkeit, zugleich erfährt er seine Macht über die Mitmenschen und seine Begabung, andere in

seinen Bann ziehen zu können: Im Rückblick spricht er vom erwachenden *homo politicus*.

Ab 1925 wird die Krise zwischen den Eltern zunehmend virulenter, 1928 erfolgt die Scheidung. Max steht auf der Seite des Vaters und wird gerichtlich diesem zugesprochen. Die Mutter erscheint für ihn dämonisch. Umgekehrt verstösst diese den abtrünnigen Sohn.

Max zeigt früh eine Neigung zu den Naturwissenschaften und zu den lebendigen Dingen, aber auch zur Astronomie und Geologie. Doch entscheidet er sich nach der Matura für die Jurisprudenz. – Soweit seine eigenen Aufzeichnungen.

Vielleicht war er sich nach den ersten Monaten seines Studiums an der Universität Genf in dieser Entscheidung unsicher. Jedenfalls findet sich in seinem Nachlass ein Gutachten des psychotechnischen Institutes St. Gallen vom 22. Dezember 1934. Nachfolgend stichwortartig einige Aussagen daraus:

Hochbegabt, selbstbewusst, aber nicht überheblich, in persönlichen Dingen nicht besonders empfindlich, keine ausgesprochene Tatnatur (!). In gefühlsmässigen Beziehungen anpassungsfähiger als rein intellektuell, wo Neigung zur Introversion durchbricht. Oratorische Überlegenheit, Gerechtigkeitsgefühl, Gelehrtentyp, daher nicht Arzt werden! Jurisprudenz (Dozent) an erster Stelle, an zweiter Stelle Physik, Chemie, aber in der Forschung und als Dozent.

Das Verhältnis zwischen Vater und Sohn

Max Imboden begann im Herbst 1934, 19-jährig, an der Universität Genf das Studium in Philosophie und Jurisprudenz. Dieser Zeit verdanken wir einen intensiven und anrührenden Briefwechsel zwischen Vater Karl und Sohn Max, der seinen Nachkommen jene Seiten verständlich macht, über welche Max seiner Familie und seinen Freunden gegenüber kaum je gesprochen hatte. Zwar sind die meisten Briefe vom Sohn an den Vater verlorengegangen; aber aus den Briefen des Vaters lassen sich indirekt Schlüsse ziehen, was der Sohn seinerseits geschrieben haben musste.

Der erste erhaltene Brief stammt vom 26. Oktober 1934 (von Karl an Max). Karl macht einen sehr feinfühligem Anfang der Vater-Sohn Korrespondenz, und signalisiert Verständnis dafür, dass die geschriebene Sprache innerhalb der Familie anfänglich als Kluft empfunden werden könnte. Aber hinter der Sprache würden immer „die gleichen Menschen mit den gleichen Problemen“ stecken. Karl kannte die Kontaktscheue seines Sohnes und riet ihm, der in St. Gallen bei der Mittelschulektion der Zofingia aktiv gewesen war, sich mit der Genfer Zofingia in Verbindung zu setzen.

In manchen Briefen avisiert der Vater bevorstehende Büchersendung (Goethes Wilhelm Meister, andere „Schmöcker“, später folgen Philosophen). Geld und Geldsorgen sind häufige Themen, ebenso die Sorge um die Kleider des Sohnes. So schickt der Vater regelmässig neue Kleider nach Genf und nimmt damit seine vom Gericht zugewiesene Elternfunktion rührend und umsorgend wahr.

Umgekehrt schreibt Max von seinen Problemen im Umgang mit seinen welschen Kollegen. Er stösst sich am „Formenkultus“ der Welschen, reflektiert aber zugleich selbstkritisch, man könne seiner inneren Natur nicht entgegenleben – eine bemerkenswerte Selbstanalyse des 19-Jährigen. Max berichtet regelmässig über sein Studium, über seine Lektüre (er liest viel Philosophie, z.B. Hegel). Er habe sich bei der Zofingia zu einem Vortrag angemeldet zum Thema: „Comment pouvons-nous chercher une conception philosophique de l'état?“.

Insbesondere zwei Stellen haben mir viele Jahre später die Augen geöffnet für jene Seiten von Max Imboden, welche wir in unserer Jugend höchstens geahnt, aber nicht wirklich begriffen hatten:

Am 7. Dezember 1934 antwortet Karl auf einen Brief von Max, der verloren gegangen ist. In einem längeren, den Psychiater verratenden Exkurs über die Entwicklung der Persönlichkeit eines Menschen weist er seinen Sohn sachte darauf hin, er würde offensichtlich sehr wohl seine sozialen und politischen, also auf die Gemeinschaft ausgerichteten Kompetenzen ausgiebig pflegen, darüber aber die individuelle Mensch-Mensch Beziehung vernachlässigen. Max müsse auf der Ebene der Gefühle aufholen. Und dann folgt, nachdem er dem Sohn die vernachlässigten Seiten seiner Entwicklung behutsam zu erklären versucht hat, so nebenbei das in Klammern gesetzte Geständnis „(In Parenthese: ich persönlich habe, wie auch in andern Dingen, hier allerlei versäumt; meine disponiblen seelischen Kräfte waren offenbar den äusseren Schwierigkeiten auch nicht genügend gewachsen).“ – Ein Lebensschicksal in einem Satz, quasi an den Rand geschrieben.

Einige Monate später, am 10. Mai 1935, beginnt Vater Karl seinen Brief mit dem wiederkehrenden Thema: „Du wirst nun nach meiner letzten Geldsendung wieder etwas in ‚besserer Form‘ sein“. Weiter hinten dann: „Ich weiss, dass ich Dir durch meine Person nicht das sein kann, was Du gerne von mir haben möchtest. Es würde mir auch sehr leid tun, wenn Du mir gegenüber von der Offenheit, die Du im Laufe des letzten Winters gezeigt hast, abrücken würdest. Es schadet ja im Grunde nicht allzu viel, wenn wir uns als Menschen mit Fehlern und Schwächen sehen...“ Der Brief endet mit einem Hinweis auf Karls angeschlagene Gesundheit.

Neben dem Brief vom 7. Dezember 1934 ist das wohl die bewegendste Stelle in diesem Briefwechsel. Was war vorgefallen, dass der sonst so diskre-

te Karl seine diesbezüglichen Avancen und Bitten so direkt formuliert hat, um ihr aber gleich mit der Aussage über seine Unzulänglichkeit die Spitze zu brechen? Fehlte dem gesellschaftlich wohl eher isolierten, von seiner Frau getrennten Psychiater die geistige Anregung, war sein älterer Sohn das letzte Fenster zur Welt? Es muss eine enorme Belastung für den jungen Max gewesen sein, eine Verantwortung und Erwartung zu spüren, die er letztlich nicht erfüllen konnte, ohne sein eigenes Lebensziel zu gefährden. – Und dazu kam die Angst vor Vaters angeschlagener Gesundheit.

Mehr als vier Jahre später, Max studiert unterdessen in Zürich, gratuliert Karl seinem Sohn zum 24. Geburtstag (19. 6. 1939) und kommt dabei auf dessen Zukunftspläne zu sprechen. Wahrscheinlich ging es um die geplante Habilitation von Max. Karl nimmt auf die noch unsichere Finanzierung dieses Vorhabens Bezug und schreibt. „Nur kannst Du sicher sein, dass ich Dir hier finanziell beistehen werde, so gut mir das möglich ist. Unter den gegebenen Verhältnissen wird es wohl das Beste sein, wenn Du vorläufig Mama davon nicht eingehender Mitteilung machst. Wenn es irgendwie geht, ist es mir lieber, wenn wir uns selbst behelfen könnten.“ Ein kleiner Lichtblick, für Max zumindest, findet sich am Schluss dieses eher traurigen Briefes: „Grüsse mir Elisabeth und ihre Familie bestens. Herzlich grüssend Dein Papa“.

Ein Jahr später, am 15. November 1940, folgt der letzte erhalten gebliebene Brief des dankbaren Vaters an seinen Sohn, der offenbar unterdessen den finanziellen Haushalt seines Vaters in seine Hände genommen und ihn wohl auch unterstützt hatte. Einige Wochen später, am 7. Januar 1941, stirbt Karl.

In dieser schwierigen Zeit voller Sorgen um den Vater entwickelte der junge Max Imboden sein berufliches und persönliches Leben in atemraubender Geschwindigkeit. Er engagierte sich in der Jungliberalen Studentenschaft, hielt Reden an Kundgebungen gegen die wachsende braune Gefahr und schrieb zahlreiche Artikel. Im Jahre 1937 (Max war 22-jährig) engagierte ihn beispielsweise das St. Galler Tagblatt für den Leitartikel zur Bundesfeier. Der Artikel mit dem ambitiösen Titel ‚Vom Sinn des Bundes‘ erschien am 31 Juli 1937 auf der ersten Seite der Zeitung.

Und dann kam, wie erwähnt, die grosse Liebe und die Gründung einer eigenen Familie. Diese sollte es ihm endlich ermöglichen, die von seinem Vater angesprochene Defizite und das familiäre Trauma seiner Jugend zu überwinden. Doch es gab Momente, wo die ihm nahestehenden Menschen spürten, dass in seinem Innern eine tiefe Trauer zurückgeblieben war.

War Max Imboden gläubig, war er religiös? – Wie kann man das wissen als Sohn? In die Kirche ging er kaum, höchstens zur Taufe und Konfirmation seiner Kinder und zu andern kirchlichen Anlässen, welche die Familie betrafen. Dennoch glaubte er an eine höhere ordnende und sinngebende Kraft.

Seine Faszination für die irdische Ordnung des Staates war wohl Ausdruck dieser Überzeugung, so wie er auch an das Gute und Weise im Menschen glaubte und die Verantwortung ernst nahm, die wir alle als Individuum und als Gemeinschaft für unsere Welt haben. Vielleicht hoffte er auf einen Gott und suchte sein Wirken zu verstehen, aber dazu war ihm die Kirche nicht die richtige Vermittlerin. Im Frühling 1969, während seinen letzten sechs Lebenswochen, führte er im Bürgerspital Basel mit seinem damaligen Assistenten und Pfarrerssohn Peter Balscheit und mit seinen betreuenden Ärzten Gespräche über ‚letzte Dinge‘, sprach den Wunsch aus, es möge an seiner Beerdigung das Lied des Wolfram von Eschenbach an den Abendstern aus dem Tannhäuser gesungen werden und bestimmte für seinen Grabstein den Spruch des Orakels zu Delphi, der auch über der Tür des Hauses von C.G. Jung in Küsnacht steht: *Vocatus atque non vocatus deus aderit* (Gerufen oder nicht gerufen wird Gott dir beistehen).