

REVUE CRITIQUE  
DE  
**LÉGISLATION**  
ET DE  
**JURISPRUDENCE**

PAR MM.

<p><b>TROPLONG</b> Premier président de la Cour de cassation. Membre de l'Institut.</p>	<p><b>L. WOLOWSKI</b> Membre de l'Institut.</p>	<p><b>PAUL PONT</b> Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.</p>
---	---	--

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION ;

<p><b>FAUSTIN HÉLIE</b> Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.</p>	<p><b>NICIAS GAILLARD</b> Président de chambre à la Cour de cassation.</p>
<p><b>DE VALROGER</b> Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.</p>	<p><b>COIN-DELSISLE</b> Avocat à la Cour impériale de Paris.</p>

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

<p><b>DELANGLÉ</b> Ministre de la Justice.</p>	<p><b>DE ROTTE</b> Vice-président du Sénat.</p>	<p><b>ROULAND</b> Ministre de l'Instruction publique.</p>
<p><b>DEMOLOMME</b> Docteur de la Faculté de droit de Caen.</p>	<p><b>CH. GIRAUD</b> Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.</p>	<p><b>OSTOLAN</b> Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.</p>
<p><b>PL. MERRILL</b> Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Ministère de l'Intérieur.</p>	<p><b>MOLINIER</b> Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.</p>	<p><b>E. LAMOULAYE</b> Membre de l'Institut, Professeur au collège de France. Docteur en droit.</p>
<p><b>KENIGSWARTER</b> Membre correspondant de l'Institut.</p>	<p><b>G. DEFOUR</b> Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.</p>	

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON

Docteur en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français et étranger.

TOME XIX. — 11<sup>ME</sup> ANNÉE.

PARIS,  
COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,  
Au coin de la rue Soufflot, 23.

1861

---

## PARTIE ÉTRANGÈRE

---

### PRÉCIS DE L'HISTOIRE DU DROIT PÉNAL ALLEMAND,

DEPUIS LA CAROLINE JUSQU'À NOS JOURS<sup>1</sup>;

Par M. Charles LEVITA,  
docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de Giessen.

Traduit et annoté par M. L. BONNEVILLE DE MARSANGY,  
avocat à la Cour impériale de Paris.

Le but de cette étude étant l'exposé rapide des modifications qu'ont subies le droit et la procédure germaniques, depuis la *Caroline*<sup>2</sup> jusqu'à nos jours, nous dirons l'importance de ce mo-

<sup>1</sup> Cette étude, publiée dans le *Gerichtssaal*, revue de législation rédigée par M. Mittermaier, a obtenu en Allemagne un succès mérité, et a été jugée assez importante pour être reproduite dans la *Gerichts-Zeitung*, principal organe de la presse scientifique autrichienne.

Le nom de l'auteur est du reste déjà connu par de recommandables travaux, et notamment par la meilleure monographie qui ait été faite sur la *Légitime défense* (*das Recht der Nothwehr*). (Note du traducteur.)

<sup>2</sup> C'est l'ordonnance criminelle promulguée en 1532, par l'empereur Charles V, à laquelle il a donné son nom.

Dès la fin du XV<sup>e</sup> siècle, sous le règne de Maximilien I, les États impériaux voulurent qu'une ordonnance générale déterminât d'une manière uniforme les règles de compétence et l'administration de la justice dans tous les États de l'empire.

Vers cette époque, le baron de Schwarzenberg, alors chancelier de la cour de justice de l'évêque de Bamberg, avait rédigé, avec le concours des légistes conseillers de cette cour (*Raths collegium*), une ordonnance criminelle comprenant le droit pénal et la procédure. Ce Code, de deux cent soixante dix-huit articles, fut approuvé par l'évêque et promulgué en 1507; il est connu sous le nom de *Bambergensis*. Les principes du droit romain y sont habilement combinés avec les usages et les institutions germaniques; c'était, pour ce temps, une œuvre remarquable de progrès, et l'on peut le considérer, selon l'expression de M. Rosshirt, comme le berceau du droit

nument législatif, la lutte engagée durant les XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles par la doctrine et la jurisprudence contre le droit écrit, enfin l'opportunité et la valeur des codifications élevées depuis lors dans la plupart des États allemands.

Et comme toute recherche historique doit servir à faire connaître et à satisfaire les besoins de la génération présente, après avoir signalé, dans les nombreuses législations particulières, l'existence d'un droit commun allemand, nous en déduisons la nécessité actuelle d'un Code *national* et *uniforme* pour toute l'Allemagne, et nous indiquerons comment ces principes de droit commun devront être conservés, consolidés et développés, pour parvenir à la création de cette grande œuvre d'utilité générale!

Inutile d'ajouter, qu'à ce double point de vue, nous devons nous borner à retracer, d'une part, les points les plus saillants de l'histoire du droit, et d'autre part les arguments principaux qui, à raison même de l'existence d'un droit pénal commun allemand, semblent commander l'édification d'un Code *général* unique.

pénal commun de l'Allemagne (*die Wiege des gemeinen deutschen Strafrechts*).

L'ordonnance de Bamberg fut adoptée en 1516 par les margraves de Brandebourg, et appelée *Brandenburgensis*.

Enfin elle servit également de base aux travaux exécutés par la Diète impériale pour réaliser son projet d'une ordonnance criminelle générale. Charles V nomma Schwarzenberg président de la commission chargée d'édifier le nouveau Code. Cette grande œuvre, à laquelle Charles V devait attacher l'honneur de son règne, fut entravée par les répugnances de certains États qui craignaient de voir leurs privilèges disparaître sous le niveau uniforme d'une loi générale. Après divers ajournements par les Diètes de Nuremberg (1524), de Spire (1529) et d'Augsbourg (1530), l'ordonnance, malgré les protestations du Brandebourg et de la Saxe, fut enfin rendue en 1532 par la Diète de Ratisbonne, mais avec une clause expresse qui réserve les droits de chacun des États (*clausa salvatoria*).

Telle fut l'élaboration de la célèbre ordonnance appelée la *Caroline*. L'opposition qu'elle subit avant et après sa promulgation était comme le présage et la mesure de l'influence qu'elle devait bientôt exercer. Elle fut longtemps combattue, comme nous le verrons dans le cours de ce travail, par des intérêts exclusifs de localité, et surtout par les jurisconsultes au nom du droit romain, leur *ratio scripta*. Mais les préjugés se dissipèrent peu à peu, et le mérite de la Caroline fut, bien que trop tard, universellement reconnu.

(Note du traducteur.)

## 1.

Depuis la Caroline de 1532 jusqu'au commencement de ce siècle, l'histoire du droit, la procédure, la science pénale nous offrent l'aspect d'une triste déchéance.

A côté de la longue immobilité de la législation impériale, de l'arbitraire des justices territoriales et de la disette ou de l'inconstance des ouvrages scientifiques, apparaissent seuls les travaux de quelques hommes supérieurs, tels que Berlich, Carpzov et Jean Samuel Frédéric de Boehmer.

Une déplorable fatalité semble avoir incessamment pesé sur la Caroline; alors qu'elle aurait pu rendre les plus grands services, elle ne fut pas suffisamment comprise; et lorsque plus tard on commença à la comprendre, elle n'était déjà plus en rapport avec les besoins de l'époque; plus tard encore, lorsqu'on se prit à l'étudier de la façon la plus sérieuse et la plus approfondie<sup>1</sup>, elle avait cessé d'être en vigueur dans la plus grande partie de l'Allemagne, et là où elle régnait encore, on s'efforçait d'en provoquer l'abrogation<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Quel qu'ait été le degré de son autorité réelle, la Caroline n'en a pas moins exercé sur le mouvement scientifique une influence considérable prolongée. Cette influence serait, au besoin, attestée par la notoriété extraordinaire dont elle n'a cessé de jouir.

Traduite en flamand par Cornelius Albinus, puis deux fois en latin par Goblerus (1543) et par Remus (1594), elle a été quatre fois reproduite en langue française en 1612, 1729, 1756 et 1779; elle a suscité un nombre prodigieux de commentateurs, dont Vigelius (1588), Kress (1744), Boehmer (1774). Enfin le savant Waechter a publié d'importants travaux, tant sur les principes fondamentaux de la Caroline (*Symbolæ ad historiam, Const. crim. Carol.*; Leips., 1835) que sur sa portée primitive et son influence sur la législation germanique (*Droit commun allemand*). (*Note du traduct.*)

<sup>2</sup> On ne put toutefois parvenir à l'abroger entièrement, tant elle avait profondément étendu ses racines dans les institutions germaniques.

La Caroline était encore en vigueur, en 1847, dans les principautés de Cobourg, Gotha, Anhalt, Reuss, dans la Hesse Électorale, et dans les États de Waldeck, Lippe, Bückebourg, Mecklembourg, Holstein, Nassau, Hohenzollern, Sigmaringen et Hechingen, et les quatre villes libres. La population totale de ces États, pour laquelle la Caroline a encore à cette époque une existence légale, est d'environ trois millions. (Mittermaier sur Feuerbach, édition de 1847.)

J'ajoute, avec M. Vatel, le savant commentateur du Code de Bavière, que dans les pays où elle a cessé d'être exécutoire, elle a conservé, comme source historique et document juridique, quelque chose de l'autorité tradi-

Le but de Charles-Quint avait été de créer un droit pénal commun *fixe* dans tout l'empire germanique; de ménager aux sujets allemands un asile contre l'arbitraire fâcheux des justices territoriales; d'offrir aux tribunaux une règle certaine de décision, au milieu de l'antagonisme du droit romain et du droit germanique, et de tracer, sous la forme la plus simple, une ligne de conduite aux juges-jurés ou assesseurs (Schœffen) <sup>1</sup>, qui en général n'avaient pas fait du droit une étude spéciale.

Ainsi que l'avaient déjà tenté les recueils de lois du XIII<sup>e</sup> siècle, entre autres le *Deutschenspiegel*, le *Sachsenspiegel* et le *Schwabenspiegel*, etc..., la Caroline dut pour atteindre ce but : 1<sup>o</sup> commencer par rédiger le droit en vigueur; 2<sup>o</sup> consacrer les *louables usages traditionnels* (*lobliche herbrachte gebræuche*); 3<sup>o</sup> maintenir aux lois de l'empire leur autorité; 4<sup>o</sup> accepter, comme fait accompli, l'admission du droit romain, qui, introduit dans quelques législations particulières et dans la pratique de certains tribunaux, sous la forme nouvelle que lui avaient donnée les juriconsultes italiens, avait généralement pénétré dans la conscience juridique du temps; 5<sup>o</sup> et néanmoins essayer de concilier autant que possible ces différentes sources du droit.

Le Caroline devait en outre tenir compte des tendances intimes de la nationalité germanique, favoriser le développement du droit individuel et particulier, et maintenir, comme elle le fait dans la *clause salvatoire* <sup>2</sup>, les anciennes coutumes réputées justes et légitimes, sauf le droit qu'elle se réservait au besoin de suppléer à leur insuffisance, ou de rectifier ce qu'elles pouvaient offrir d'abusif ou d'injuste <sup>3</sup>.

Or, ce but la Caroline l'a réellement atteint, puisqu'en fait elle tionnelle qui s'attaché à une loi si longtemps respectée. *Stat magni numinis umbra!*  
(Note du traducteur.)

<sup>1</sup> A l'époque où la Caroline fut promulguée, l'ancienne organisation judiciaire germanique existait encore. Les tribunaux étaient composés de magistrats, dont l'unique fonction était de diriger l'instruction et les débats, et de *scabini* (*schæffen*), sortes de jurés statuant en fait et en droit.

(Note du traducteur.)

<sup>2</sup> La *clause salvatoire* est ainsi conçue : « Nous n'entendons pas donner, « par ces présentes, aucune atteinte au droit des électeurs, princes et États, « par rapport à leurs anciens usages conformes à la justice et à l'équité. » (Car. préambule.)  
(Note du traducteur.)

<sup>3</sup> Telles sont les dispositions des articles 61, 104, 105, 135, 140, 204, 218 de la Caroline.  
(Note de l'auteur.)

a été reconnue comme droit commun, non-seulement dans les législations des territoires, mais encore dans la science et la pratique des époques ultérieures.

Avec cette admirable intuition des qualités que devait réunir un Code pour naître viable au XVI<sup>e</sup> siècle, l'auteur <sup>1</sup> de la Caroline sut, par la simplicité de la forme et de la teneur, mettre son œuvre à la portée des *scabini*, et néanmoins l'élever au niveau des progrès de la science, par la recommandation qu'il fit aux juges « *de consulter les jurisconsultes romains.* »

Du reste, pour qu'on ne pût pas faire à ce Code le reproche d'être d'un absolutisme sans remède, il laissa partout aux magistrats une libre appréciation, se plaçant comme médiateur entre les anciens principes et les nouveaux, entre le droit germanique et le droit romain, par le juste milieu qu'il sut trouver entre l'entière dépendance des juges de Rome et l'indépendance illimitée des anciens tribunaux de la Germanie <sup>2</sup>.

Jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le développement du droit et de la procédure pénale fut exclusivement abandonné à la doctrine et à la jurisprudence, comme il l'avait été à Rome, depuis la loi des Douze Tables, aux édits des préteurs et aux réponses des prudents.

La science et la pratique ne tardèrent pas à entreprendre une lutte incessante contre la Caroline, qui, malgré ses qualités remarquables pour son temps, cessa peu à peu d'être au niveau des progrès intellectuels de la nation, et d'autre part, contre les législations territoriales, qui nées des nécessités du moment et souvent entachées d'arbitraire, tenaient trop peu de compte des droits de l'empire et de ceux des États provinciaux.

<sup>1</sup> Jean-Erich, baron de Schwarzenberg et de Hohenlandsberg, était au commencement du XVI<sup>e</sup> siècle aussi renommé par ses travaux législatifs que par ses mérites militaires (*vir pacis pariterque bellicis artibus insignis*, disent ses biographes). Il devint chancelier de l'évêque de Bamberg, et composa la *Bambergensis* qu'on a surnommée *Mater Carolinæ*. Nommé président du comité impérial chargé en 1521 d'examiner le premier projet de la Caroline, son énergique initiative fut d'un grand secours; aussi, bien que sa mort arrivée en 1529 ait précédé de trois ans la promulgation du Code de Charles V, il est hors de doute que c'est à lui que doit revenir l'honneur d'avoir créé ce grand monument législatif. (Note du traducteur.)

<sup>2</sup> On en trouvera des exemples dans les articles 104 et 105 de la Caroline. (Note de l'auteur.)

Ce dernier reproche ne s'applique pas toutefois aux législations particulières du premier siècle après la Caroline, lesquelles, sauf quelques statuts municipaux rédigés sans égard à cette dernière, ne laissent pas que de la reconnaître comme droit commun. Ainsi, tantôt elles se bornent à la reproduire, tantôt elles y ajoutent d'anciens règlements, tantôt elles lui font subir d'insignifiantes modifications de procédure, tantôt elles étendent ces modifications au droit lui-même, tantôt enfin elles se présentent sous l'aspect de véritables Codes nouveaux, mais elles maintiennent toujours pour base *la Caroline*.

Quoique le mérite juridique de toutes ces législations territoriales soit de beaucoup inférieur à celui du Code de Charles-Quint, cependant ce n'est qu'au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle que se consumma leur décadence, après être restées ensevelies dans un profond sommeil depuis le commencement de la guerre de trente ans.

C'est à cette époque que nous commençons à voir apparaître ces lois de circonstance d'une sévérité excessive et d'une formule si peu précise, que presque tout, dans leur application, était abandonné à l'appréciation des tribunaux. Du reste, l'imperfection même de la rédaction et l'absence de codification doivent être ici considérées comme une bonne fortune, puisqu'elles ont entraîné leur rapide désuétude.

Citons à l'appui de ce fait quelques exemples choisis dans la législation prussienne durant la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Un édit ordonnait que les personnes coupables d'infanticide fussent noyées; un autre punissait de la peine de mort ceux qui simulaient l'insolvabilité; le coupable de sodomie était brûlé vif; les vagabonds, arrêtés dans le pays et âgés d'au moins dix-huit ans, étaient pendus sans rémission; la même peine était infligée aux braconniers et à leurs complices; les auteurs de vols commis avec effraction dans la résidence du prince, subissaient dans les *huit jours* le supplice de la corde, et ceux d'entre eux trouvés porteurs d'armes étaient roués; le voleur qui avait soustrait du blé dans les magasins publics, pour une valeur excédant 10 thalers, était également pendu; enfin, un édit de 1793 dispose expressément « que si un *avocat* ou *procureur* ose faire présenter par des soldats à la personne même du roi des mémoires concernant un procès ou contenant un *recours en grâce*, Sa Majesté devra ordonner qu'il soit

*pendu sans pardon ni merci, en compagnie d'un chien*<sup>1</sup>!... »

Lorsqu'une loi n'est pas conforme aux progrès de la civilisation, à la conscience publique et à la conviction du juge, elle demeure inévitablement frappée d'impuissance. Si jamais d'ailleurs, à aucune époque et dans aucun pays, la doctrine et la jurisprudence ont été en droit d'opposer au droit écrit l'opinion publique et les travaux scientifiques, ce fut certes dans les États allemands pendant les XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles.

Cette lutte, la science et la pratique l'ont soutenue sans relâche jusqu'à l'entier anéantissement de la loi écrite; et comme à cette époque les juristes n'avaient pas encore une idée bien exacte de l'origine et de la nature du droit, et qu'ils restaient asservis à la jurisprudence italienne, ils retombèrent plusieurs fois dans les erreurs qu'ils voulaient combattre. A ce fait vint se joindre l'absence d'une cour criminelle suprême pour toute l'Allemagne et les fâcheuses restrictions qu'on apporta à la compétence des Facultés de droit<sup>2</sup>, la seule institution d'alors qui put être conservatrice d'un droit général. C'est ainsi que fut détruite l'unité du droit pénal allemand!

## II.

Deux époques sont à distinguer dans la lutte que soutinrent la doctrine et la jurisprudence contre la *Caroline*.

§ 1<sup>er</sup>. — Dans la première, qui s'étend jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, les tribunaux et les juristes ménageaient encore le Code de Charles-Quint; ils soutenaient formellement son autorité, tout en annulant ses dispositions par la voie d'une interprétation

<sup>1</sup> La date de ce dernier édit ne saurait passer inaperçue. Il est, en effet, remarquable de voir qu'à cette époque, tandis que l'Allemagne est encore plongée dans les abominables et barbares principes du moyen âge, la France proclame l'admirable théorie *des droits de l'homme*! (Note du traduct.)

<sup>2</sup> Les Facultés de droit avaient dans l'ancien état de la procédure allemande, un pouvoir de juridiction. Toutes les affaires difficiles leur étaient renvoyées. On trouvera cité plus loin un arrêt au criminel, rendu par la Faculté d'Altdorf. Cet usage, avec le temps, devint un abus et dénatura la procédure orale, en soumettant la décision des questions les plus graves à des juges qui prononçaient sur des actes inanimés, sans avoir entendu les accusés ni les témoins. Cette pratique n'a pourtant pas complètement cessé aujourd'hui. (Vatel, *Code de Bavière*.) (Note du traducteur.)



qui, sous un grand déploiement d'érudition, cachait mal les violences qu'elle lui faisait subir.

C'était le temps où, suivant Leysser, les juriconsultes « *infinitas explicationes, verborum captationes, æquitates, mitigationes, imitationes, exceptiones, restrictiones, et phantasmata sua in libros, scholas, judicia et collegia invecxerunt; ut nulla sit lex quæ non commodissime eludi, nullumque delictum, cujus pœna a reo paulum versuto non declinari possit.* »

Tous leurs efforts tendant à *mitiger* la rigueur de la loi, ils imaginèrent, pour se soustraire à l'application des sévérités légales, de nouvelles conditions constitutives du corps du délit : par exemple, pour que le *troisième* vol<sup>1</sup> fût puni de la peine de mort édictée par la Caroline, ils exigèrent que la valeur totale de ces trois vols successifs fût au moins égale à celle qui communément constituait le *grand vol*.

Ils avaient encore une autre manière d'atténuer la sévérité des peines de la Caroline ; ainsi la peine du bûcher prononcée par elle contre les faux monnayeurs ne leur était plus appliquée que s'ils avaient falsifié la monnaie de *l'empire*<sup>2</sup>, ou fabriqué une *très-grande* quantité de fausse monnaie.

Enfin, on créa de nouveaux cas d'excuses, que le juge crut avoir d'autant plus le droit de suppléer que la Caroline s'était reportée implicitement aux fragments 11 et 13 du Digeste *De penis*, lesquels provoquent d'eux-mêmes l'interprétation arbitraire de la loi<sup>3</sup>. C'est vers l'invention de ces nouveaux cas d'excuse que se portèrent de préférence les préoccupations des tribunaux.

Tiraqueau, auquel Carpzov ajoute son autorité, cite jusqu'à soixante-quatre de ces cas généraux d'excuse, parmi lesquels

<sup>1</sup> L'auteur parle ici de la seconde récidive ou du vol, comme disaient nos anciens légistes, *commis la tierce fois.* (Note du traducteur.)

<sup>2</sup> A côté de la monnaie de l'empire existait la monnaie territoriale ou particulière à chaque État. La Caroline punissait indistinctement de la peine de mort la falsification de toute monnaie. Les tribunaux s'emparèrent de la généralité de cette disposition, qui ne spécialisait pas quelle devait être la monnaie falsifiée, pour ne plus appliquer la peine de mort qu'au cas le plus rare : la falsification de la monnaie impériale. (Note du traducteur.)

<sup>3</sup> *Arbitrium judicis*, loin d'impliquer une idée de caprice et d'arbitraire est le terme symbolique de la justice distributive, comme le prouve le passage ci-après, de Carpzov. (Note du traducteur.)

se trouvent : *singularis artis cujusdam peritia*<sup>1</sup>, *numerus librorum et ruptio laquei*<sup>2</sup>.

Carpzov et Leyser ont été jusqu'à dire que, puisque les raisons d'excuse ne sont pas bien précisées dans la loi, on doit les abandonner exclusivement à l'appréciation des magistrats. Aussi le premier déclare-t-il : « *Omnes hodie pœnas, juxta facti et personarum qualitatis, in arbitrio judicantis esse.* »

Par contre, il y avait aussi des cas où les tribunaux pensaient devoir rendre les dispositions de la loi *plus rigoureuses*. Ce résultat fut principalement dû à l'ardeur des croyances et à l'aveuglement des superstitions religieuses. Ainsi la sorcellerie, réputée *crimen exceptum*, était, quant à la pénalité et à la procédure, entièrement abandonnée à la discrétion du juge; les peines du blasphème furent exagérées à l'excès, ce crime étant considéré, non comme une infraction aux institutions humaines et aux sentiments sacrés des hommes, mais comme une offense contre la Divinité elle-même, comme un *crimen læsæ majestatis divinæ*, et la gravité du châtement semblait devoir être mesurée de manière à apaiser la vengeance du ciel et à obtenir sa réconciliation<sup>3</sup>.

En même temps que le droit écrit était ainsi ébranlé par les auteurs et par les tribunaux, la législation et la jurisprudence criminelles générales, jusque-là représentées par la Caroline se démembrèrent et sont remplacées par des législations et des jurisprudences territoriales. Cette tendance à constituer un droit particulier se tient encore dans certaines limites. Les écrivains dans leurs ouvrages, les professeurs dans leurs cours universitaires, les Facultés dans leurs décisions, respectent toujours,

<sup>1</sup> L'habileté d'un ouvrier ou le talent d'un artiste fut considéré comme excuse, sous prétexte que la société avait plus d'intérêt à continuer à jouir du talent de l'accusé qu'à le mettre dans l'impossibilité de l'exercer par un châtement, comme à Rome dans les comices et les *quæstiones perpetuæ*. (V. Cicéron, *Pro Archid. poetâ.*) (Note du traducteur.)

<sup>2</sup> De même on trouva une excuse dans cette circonstance que, dans une tentative faite pour pendre quelqu'un, la corde trop faible se fût rompue sous le poids du patient, si toutefois ce cas fortuit avait sauvé la vie à la victime. (Note du traducteur.)

<sup>3</sup> Tel était à cette époque le fanatisme causé par les idées religieuses, que Carpzov lui-même, malgré toute sa science, se vante d'avoir, dans l'exercice de ses fonctions d'assesseur, prononcé plus de vingt mille condamnations à mort dans le cas de sorcellerie et de délits charnels. (Note du trad.)

malgré quelques divergences, la Caroline comme *droit commun*. Tel fut le principal mérite du célèbre jurisconsulte de Saxe Carpzov<sup>1</sup> et de son devancier Berlich<sup>2</sup>.

§ 2. — Dans cette première époque, les auteurs et les tribunaux s'étaient bornés à interpréter la loi, quoique souvent en la torturant; dans la seconde, qui commence avec le XVIII<sup>e</sup> siècle, ils n'en respectent plus ni la lettre ni l'esprit, mais s'enhardissent jusqu'à créer un droit nouveau qu'ils mettent à la place de l'ancien droit écrit<sup>3</sup>. La jurisprudence dut pourvoir au défaut ou à l'insuffisance des prescriptions de la loi en ce qui touche les besoins journaliers de la vie.

Voilà comment un droit local et particulier s'établit sur les ruines du droit commun général!

C'est dans le système des peines qu'on aperçoit surtout la déviation que la doctrine, la jurisprudence et les justices des territoires ont fait subir au droit écrit, représenté par la Caroline.

<sup>1</sup> Bénédict Carpzov (*Carzovius*), né à Wittenberg en 1595, fut nommé, en 1620, assesseur, et en 1632, président (*senior*) du collège des échevins du Leipsick (*schæffen stuhl*); il devint plus tard doyen (*ordinarius*) de la Faculté de droit de Leipsick et conseiller privé à Dresde (1653). Sa *Practica criminalis* lui assigna la première place parmi les jurisconsultes de son temps. Cet ouvrage, qui comprend le droit pénal proprement dit et la procédure criminelle, est, comme expression du droit commun, le véritable complément de la Caroline. Pendant plus d'un siècle, il régna sans partage en Allemagne, et les tribunaux des territoires adoptèrent son autorité, la considérant comme une juridiction suprême générale. (*Note du trad.*)

<sup>2</sup> Berlich, jurisconsulte antérieur à Carpzov; M. Wächter le place au-dessus de Carpzov. Il est vrai de dire que ce dernier s'est plus d'une fois utilement servi des ouvrages de ses devanciers. Ce qui a fait dire : « *Nisi Berlichius Berlichiasset, Carpzovius non Carpzoviasset.* » Quoi qu'il en soit, on peut, ce me semble, rendre un hommage simultané à ces deux grands écrivains, sans avoir besoin d'abaisser l'un pour élever l'autre.

(*Note du traducteur.*)

<sup>3</sup> On est en droit de s'étonner du peu de respect que conservent les tribunaux pour la Caroline, surtout en présence du serment que le juge devait prêter dans les affaires capitales, serment plein de grandeur et de dignité, dont malheureusement il tenait trop peu de compte : « Je jure de rendre justice et de prononcer jugement en affaire criminelle, également pour le pauvre et pour le riche, sans avoir égard à l'amour ni à la haine, à la récompense, aux présents, ni à aucune autre considération. Je jure en outre *tout spécialement* de suivre l'ordonnance criminelle de l'empereur Charles V et du saint Empire, de l'observer et de la maintenir selon tout mon pouvoir, le tout fidèlement et sans fraude! Ainsi Dieu me soit en aide et les saints Évangiles. »

(*Note du traducteur.*)

Aux peines barbares de ce Code, elles substituèrent de nouvelles peines plus douces. C'est ainsi qu'on commença à prononcer la reclusion, l'emprisonnement dans un hôpital, ayant pour toute nourriture du pain et de l'eau; l'enrôlement principalement pour aller combattre contre les Turcs; les travaux publics pour la confection des routes, etc., toutes peines presque inconnues à la Caroline. Du reste, pour mieux faire ressortir de quelle manière les tribunaux s'affranchirent des dispositions légales, citons, comme trait caractéristique, un arrêt rendu par la Faculté d'Altdorf, vers la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, contre un employé des forêts du comte de Hohenlohe pour crime d'inceste. La Faculté constate « que l'accusé, eu égard au fait, n'a pas mérité la mort, édictée par la Caroline pour l'inceste, mais seulement la peine du degré inférieur (le fouet suivi de l'exil); qu'il serait toutefois dangereux de lui appliquer cette dernière, à raison des menaces de vengeance par lui faites aux magistrats et aux témoins; que, dans ces circonstances, le châtimement convenable serait la reclusion dans une forteresse ou les travaux publics; mais, vu la rareté de ces établissements pénitentiaires, la Faculté ordonne que le condamné soit livré aux commissaires de Venise (qui parcouraient en ce temps l'Allemagne dans le but d'enrôler des hommes pour servir comme prisonniers sur les galères de cette république. »

### III.

Cette lutte de la doctrine et de la jurisprudence contre la Caroline n'affecte pas seulement le droit pénal proprement dit, mais aussi la procédure criminelle, qui fut radicalement modifiée.

Pour mieux faire comprendre cette transformation, exposons en peu de mots l'état de l'ancienne procédure criminelle.

§ 1<sup>er</sup>. — La procédure inquisitoriale canonique, réglée par les décrétales d'Innocent III, usitée autrefois contre les seuls délits ecclésiastiques, était basée sur ce principe, que tout fonctionnaire de l'Église a charge de rechercher les méfaits commis par les habitants de son ressort. Il procédait à cette recherche par l'inquisition qui, sans l'astreindre à la nécessité de preuves formelles, lui permettait de se faire une libre conviction, et d'infliger au coupable la punition qu'il jugeait nécessaire.

L'inquisition canonique se subdivisait en deux parties : l'une

dite *inquisitio preparatoria* ou *generalis*, l'autre *inquisitio specialis*. La première avait pour but de rechercher si une personne était suffisamment notée d'infamie par l'opinion publique, pour qu'on pût lui appliquer la seconde.

Les faits *notoires* provoquaient seuls l'inquisition; quant aux faits *occultes*, on pensait ne pas devoir leur faire produire le même résultat, parce qu'on jugeait dangereux pour la moralité publique de divulguer des faits inconnus<sup>1</sup>.

L'inculpé contre lequel l'inquisition était dirigée devait être présent en personne. On commençait par lui exposer les chefs (*capitula*) sur lesquels portait l'accusation de la renommée; puis on le sommait de s'expliquer; à ses réponses on opposait les dépositions des témoins. Le secours d'un avocat lui était refusé, d'un côté parce qu'il n'y avait pas d'organe de l'accusation, de l'autre parce qu'on voulait que la vérité apparût dans toute sa nudité.

Le magistrat inquisiteur prononçait le jugement, et, à défaut de charges suffisantes, il déférait à l'inculpé le serment purgatoire, qui le *purgeait* des soupçons élevés contre lui. La décision inquisitoriale était sans appel à raison de son caractère disciplinaire<sup>2</sup>.

Cette procédure inquisitoriale canonique, en s'introduisant, vers la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle, dans les tribunaux laïques de l'Italie, y reçut des modifications importantes, grâce aux efforts des jurisconsultes canonistes italiens, depuis Tancredus et Rofredus jusqu'à Julius Clarus et Farinatus.

Les anciens *capitula* furent remplacés par la *charta* ou le *libellus inquisitionis*, sorte d'acte d'accusation. On s'attacha à préciser avec plus d'exactitude toutes les conditions constitutives du corps du délit, et à mieux résumer les présomptions (*indicia*); enfin on emprunta au droit romain l'institution de l'appel et de la question.

§ 2. — La procédure inquisitoriale canonique ainsi modifiée

<sup>1</sup> On peut voir dans cette croyance l'origine du proverbe : « Pêché caché est à moitié pardonné. » (Note du traducteur.)

<sup>2</sup> On a prétendu à tort que cette procédure était secrète, et qu'on y faisait usage de la question. Cette erreur provient de ce qu'on a confondu la procédure inquisitoriale canonique ordinaire avec la procédure inquisitoriale extraordinaire, dirigée uniquement contre les crimes d'hérésie. (Note de l'auteur.)

passa en Allemagne avec les écrits des jurisconsultes italiens, et y subit de nouveaux changements.

A cette époque la procédure criminelle y fonctionnait encore d'après les règles posées par la Caroline, dont il est utile de rappeler les principales.

Chaque tribunal devait être composé : 1° de magistrats *pieux, honnêtes, raisonnables, expérimentés*, aussi capables, enfin, qu'on les pourrait rencontrer, uniquement préposés à la direction des débats ; 2° d'assesseurs (*schöffen*) juges des affaires simples ; car les causes difficiles étaient renvoyées à la décision des Facultés de droit ; 3° d'un greffier destiné à rédiger les procès-verbaux.

Quant aux poursuites, elles pouvaient être commencées, ou sur une accusation privée, ce qui était la règle commune, ou d'office par le magistrat, qui, exceptionnellement seulement, remplissait le rôle d'accusateur public (*Klagen von Amtswegen*).

Les présomptions pour la première fois étaient en faveur de l'accusé. Une seule suffisait bien encore, dans certains cas, pour motiver la question, mais il était indispensable qu'il en existât, tandis que, avant la Caroline, la torture était infligée sans même qu'une seule présomption fût nécessaire.

Les circonstances à décharge devaient être recherchées avec le plus grand soin, aussi bien que celles qui étaient à charge<sup>1</sup>.

Enfin, pour prévenir l'emploi abusif de la question, la Caroline intimait au magistrat l'ordre formel de l'appliquer avec modération, en tenant compte des circonstances particulières à chaque cause, et de ne recevoir l'aveu du patient qu'après l'avoir délivré de tous les instruments de torture.

Dans toutes les affaires, la procédure se terminait par une solennité désignée sous le nom de *Endlicher-Rechttag*, qui résumait les anciennes formalités publiques et orales de la procédure germanique depuis la composition du tribunal jusqu'à la *rupture de la baguette*<sup>2</sup>.

C'est à cette procédure de la Caroline que, à l'époque où nous

<sup>1</sup> Sage et humaine disposition, qu'il est remarquable de rencontrer dans un Code de 1532, et que les législateurs modernes devraient inscrire en lettres d'or dans leurs Codes de procédure criminelle. (*Note du traduct.*)

<sup>2</sup> Symbole de l'exécution du jugement. Le juge, en brisant une baguette, disait au condamné à mort : « Ainsi que je brise cette baguette, ainsi soit brisée ton existence. » (*Note du traducteur.*)

sommes arrivés, les doctrines des jurisconsultes italiens, jointes aux travaux des savants et à la jurisprudence des tribunaux de l'Allemagne, firent subir de si regrettables innovations.

Le principe de la poursuite des délits d'office par le magistrat, qui était l'exception dans la procédure de la Caroline, tend à remplacer l'accusation privée et à devenir la règle générale. Le cours de la procédure, autrefois séparé en deux phrases, reçoit une division tripartite (*inquisitio generalis, summaria, specialis*).

Ce ne sont plus les assesseurs qui jugent, mais les magistrats eux-mêmes. Quant aux premiers, leurs fonctions se réduisent maintenant à affirmer l'accomplissement des principaux actes de la procédure.

Toute publicité disparaît, et la solennité du *Rechtstag* tombe en désuétude dans une partie de l'Allemagne, et là où elle demeure, elle n'est plus qu'une vaine formalité précédant les seules exécutions capitales.

On néglige le témoignage et les présomptions pour parvenir à la vérité; on ne cherche partout et toujours qu'à obtenir l'aveu de l'accusé par les tourments : c'est le règne de la question; elle est la *regina probatio*!

On ne tient plus aucun compte des dispositions sages et humaines de la Caroline touchant l'emploi de la torture. On ne l'applique encore, il est vrai, que lorsqu'il s'agit des crimes les plus graves, mais, par un funeste retour en arrière, un simple soupçon la motive. L'esprit cruel de ce temps imagine de nouveaux instruments de torture plus atroces encore que la peine elle-même encourue, et le malheureux patient se trouve placé dans cette déplorable alternative, s'il avoue, d'être puni d'une peine terrible; s'il résiste, de traîner le reste de sa vie des membres brûlés et mutilés<sup>1</sup>!

Quelque barbare que soit ce système de preuves, il l'est encore davantage dans les procès de sorcellerie. Rien, dans l'histoire de l'humanité, n'approche de ce drame universel qui nous présente d'un côté une misère et un désespoir sans bornes, et de l'autre une superstition et un aveuglement sans nom! car si les tribunaux et les auteurs se sont permis de s'écarter de la

<sup>1</sup> Procédure abominable, dont Beccaria dit avec raison : « Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scelerati e di condannare i deboli innocenti. »

(Note du traducteur.)

Caroline dans la repression des délits ordinaires, à plus forte raison crurent-ils pouvoir le faire, lorsqu'il s'agissait de ce *crimen exceptum*.

Ce ne fut pourtant que vers le milieu du siècle dernier que cette procédure inique fut abrogée. La Prusse donna la première l'exemple en 1754. Les systèmes qui la remplacèrent varient avec les divers États ; mais, s'ils furent moins cruels, ils n'en furent pas pour cela plus conformes à l'équité.

CH. LEVITA.

(La suite à une prochaine livraison.)

---

### CHRONIQUE.

ITALIE. — Pendant que la première *exposition de l'industrie nationale* de la Nouvelle-Italie, inaugurée le 15 septembre par le roi Victor-Emmanuel dans la cité des Medici, réunissait, dans une alliance fraternelle, les produits industriels du Nord à ceux du Midi, ceux des industrieuses populations subalpines, des chefs-d'œuvre de peinture et de sculpture, dignes des plus belles époques des écoles florentine et romaine, aux groupes (statuettes), au lave du Vésuve, des *brigantis* napolitains, mêlant ainsi tous les souvenirs passés et contemporains de ce pays privilégié parmi tous ceux de l'Europe, — un congrès plus modeste, celui des savants Italiens (*il congresso degli scienziati italiani*) se réunissait, du 30 septembre au 5 octobre, dans la cité florentine.

Le congrès, sous le nom de *Riunioni annuali dei cultori delle scienze naturali*, existait depuis 1839. Le premier, convoqué par le prince Charles L. Bonaparte (prince de Musignano), le marquis Cosimo Ridolfi et les professeurs Gerbi, Conigliachi, Savi, Sismonda et Tomassini, se rassembla le 15 octobre 1839 à Pise, dans la savante cité, aujourd'hui si paisible, si silencieuse, du poète de la *Comédie divine*. Siégeant annuellement depuis cette époque, les trois derniers congrès se réunissaient : le septième, en 1845, dans la cité de Vico, à Naples ; le huitième, en 1846,