

REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE

PAR MM.

| | | |
|---|--|---|
| <p>TROPLONG Premier président de la Cour de cassation, Membre de l'Institut.</p> | <p>L. WOLOWSKI Membre de l'Institut.</p> | <p>PAUL PONT Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.</p> |
| <p>ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION ;</p> | | |
| <p>FAUSTIN HÉLIE Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.</p> | <p>NICIAS GAILLARD Président de chambre à la Cour de cassation.</p> | |
| <p>DE VALROGER Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.</p> | <p>COIN-DELISLE Avocat à la Cour impériale de Paris.</p> | <p>BERTAULD Professeur à la Faculté de droit de Caen, anc. bâtonn. de l'Ordre des avoc. à la Cour imp.</p> |

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

| | | |
|--|---|--|
| <p>DELANGRE Ministre de la Justice.</p> | <p>DE ROYER Vice-président du Sénat.</p> | <p>MOULAND Ministre de l'Instruction publique</p> |
| <p>DEMOGÈNE Docteur de la Faculté de droit de Caen.</p> | <p>CH. GIRAUD Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.</p> | <p>ORTOLAN Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.</p> |
| <p>FR. MINEREL Avocat au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et au Ministère de l'intérieur.</p> | <p>MOLINIER Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.</p> | <p>R. LABOULAYE Membre de l'Institut, Professeur au collège de France. Docteur en droit</p> |
| <p>KONIGSWARTER Membre correspondant de l'Institut.</p> | <p>G. DUFOUR Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat 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 XXI. — 12^{ME} ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
6, rue Saint-Hyacinthe (au coin de la rue Soufflot).

1862

PARTIE ÉTRANGÈRE

PRÉCIS DE L'HISTOIRE DU DROIT PÉNAL ALLEMAND,

DEPUIS LA CAROLINE JUSQU'À NOS JOURS ;

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.

DEUXIÈME ARTICLE ¹.

IV.

L'arbitraire introduit par la doctrine et la jurisprudence dans le droit et la procédure pénale, ainsi que nous l'avons exposé dans la première partie, arbitraire qui avait eu pour cause la distance toujours croissante entre la Caroline et les progrès des idées, avait été poussé à un tel point qu'il était devenu intolérable. On sentit le besoin d'y mettre un terme par la création de lois *positives* plus en rapport avec les idées de l'époque, et que les tribunaux et les auteurs seraient désormais tenus de respecter.

Telle fut l'origine de ces Codes nouveaux, qui apparaissent vers le milieu du siècle dernier dans presque tous les États de l'Allemagne.

Le premier fut le *Codex juris bavarici criminalis* de 1751 rédigé par Kreittmayer ².

Puis apparaît en Autriche la *constitutio criminalis thesiana* de 1768, remplacée en 1787 et 1788 par le *Code pénal de Jo-*

¹ V. t. XIX, p. 368.

² C'est Kreittmayer qui, le premier, détruisit formellement le droit commun allemand, ayant réussi à faire donner à son Code une autorité exclusive en Bavière. (Note du traducteur.)

seph II ¹ auquel fut à son tour substitué, en 1803, le *Code de François II*.

En 1794 avait paru le *Code criminel de Prusse*, commencé dès 1780 sous Frédéric le Grand et faisant partie du *Preussischen Landrecht*.

Citons encore le *Code de Bamberg* rédigé en 1795 par le chancelier Pflaum.

Nous arrivons ainsi au *Code pénal de Bavière* de 1813. Ce monument législatif devient le point de départ d'une période très-importante de l'histoire du droit. Bientôt en effet, prenant ce Code pour base et s'éclairant des expériences faites dans ce pays pendant les vingt années suivantes, ainsi que des progrès opérés par la science, les autres États allemands se constituèrent à leur tour des législations *particulières*. Ainsi firent successivement la *Saxe* (1838), le *Wurtemberg* (1839), le *Brunswick* (1840), le *Hanovre* (1840), le *grand-duché de Hesse* (1841), *Bade* (1845) ², la *Thuringe* (1850), la *Prusse* et l'*Autriche* (1851), la *Saxe* de nouveau (1855) et enfin le *Oldembourg* (1860).

Par suite de la promulgation de ces Codes, l'ancien droit commun allemand, représenté par la *Caroline*, disparaît, et ne subsiste plus que dans les territoires qui n'ont pas encore de législations particulières.

Il est impossible d'examiner ici en détail chacun de ces Codes, et d'en faire ressortir les qualités et les défauts. Nous ne pouvons qu'en donner une analyse générale, et ce coup d'œil d'ensemble prouvera suffisamment la nécessité de leur création.

§ 1^{er}. — L'ancien *Code pénal prussien* de 1794 est, il faut l'avouer, encore loin de la perfection. Le système des peines y est très dur, l'unique but qu'on se propose étant la prévention et l'intimidation ³. La mort y est édictée trop fréquem-

¹ Pour donner une idée exacte de l'esprit qui anime ce Code, il suffit de rappeler qu'on y trouve joints douze tableaux uniquement employés à énumérer les différentes sortes de tortures qu'on devait, selon les cas, faire subir aux accusés. (Note du traduct.)

² Quoique rédigé en 1845, le Code de Bade n'est devenu exécutoire qu'en 1851. (Note du traduct.)

³ C'a été de tous temps le défaut des législations allemandes de trop sacrifier au dogme de la *raison d'État* et aux doctrines expéditives de l'*intimidation*, et de ne pas assez tenir compte de la *persona nocentis*. On peut leur appliquer ces paroles de Target : « Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le der-

ment, et dans des cas où elle n'est nullement en rapport avec le crime : ainsi l'homicide, résultat purement accidentel et conséquence indirecte d'un autre délit, est puni du dernier supplice. Des peines également excessives sont prononcées contre les délits politiques ; quiconque est soupçonné même vaguement de complicité est décapité !

Il y a des genres de mort plus cruels encore, tels que le bûcher, la roue, etc. . . . De même la peine de la prison peut être aggravée par la marque au fer rouge, le fouet et l'exposition publique.

L'emprisonnement à perpétuité se rencontre trop souvent, et parfois il est la seule peine édictée. L'emprisonnement à temps est aussi prononcé sans alternative, et quand une alternative existe, elle est trop rigoureuse.

Ajoutons que le champ laissé à l'appréciation du juge est en général trop restreint ; le Code semble vouloir faire l'éducation judiciaire des magistrats comme ferait un cours de droit pénal.

Il est enfin à regretter que certaines présomptions générales, entre autres la *præsumptio doli*, soient interprétées contre l'accusé ; que la ligne de démarcation, qui doit séparer les crimes des contraventions de police ne soit pas plus nettement définie, et que les conditions requises pour constituer le corps du délit aient été souvent exposées sans précision ni exactitude.

§ 2. — Le *Code d'Autriche* de 1803 est déjà un progrès, bien qu'il ait aussi ses défauts ; car le système des peines est encore trop rigide, et les différentes infractions n'y sont pas indiquées avec tous leurs caractères propres et les limites qui les séparent.

Cependant il laisse déjà davantage à l'appréciation des tribunaux ; c'est à eux qu'il appartient désormais de peser les faits modifiant la pénalité, les divers degrés de la tentative et la complicité.

Le Code de Prusse comprenait dans la même classe des crimes très différents ; ce défaut a disparu dans le Code autrichien ;

nier but de la loi ; mais que *les crimes soient prévenus*, voilà ce qui est d'une haute importance ! La gravité des crimes se mesure, non pas tant sur la perversité que sur *les dangers qu'ils entraînent*. » (*Observations sur le Code pénal.*)

Déjà la loi romaine disait : « *Ut unius poena metus sit multorum.* » (L. 1, C., ad L. Jul.)

(Note du traduct.)

le premier ne donnait le plus souvent qu'une définition vague des conditions constitutives du corps du délit; le second au fait, en général, une énumération plus nette et plus détaillée.

Enfin la distance entre le *maximum* et le *minimum* est plus large, et même le juge est autorisé, pour des raisons que la loi prend le soin de préciser, à franchir le *maximum* et à descendre en deçà du *minimum*.

§ 3. — Les progrès que firent faire à la science du droit pénal les travaux des savants juriscultes de cette époque, et avant tout ceux de Feuerbach et de Grolman, se manifestent dans le *Code criminel de Bavière* de 1813¹, monument admirable dans ses qualités, remarquable même jusque dans ses défauts, et dont l'influence s'est fait sentir sur toutes les législations postérieures²; il peut donc être à bon droit surnommé *pater constitutionum criminalium recentiorum*, de même que la *Bambergensis* a été appelée *mater Carolinae*.

Le Code est essentiellement l'œuvre de Feuerbach³, bien qu'avant sa promulgation il ait été, pour être révisé, soumis à une commission de juriscultes parmi lesquels nous distinguons son célèbre antagoniste Goenner.

On y reconnaît le grand Feuerbach à la fidélité, à la logique,

¹ V. l'excellente traduction française qu'en a donné M. Ch. Vatet, bâtonnier des avocats de Versailles. — Paris, Durand, 1852. (*Note du trad.*)

² « La Code de Bavière a le rare mérite d'avoir seul, entre toutes les législations de l'époque, partagé l'honneur de la propagande dominatrice exercée par le Code pénal de l'empire français, avec cette différence, toutefois, que l'invasion de ce dernier Code s'est étendue sous l'irrésistible influence de nos armées, tandis que celle du Code Maximilien s'est produite par la propre force de son autorité scientifique. Ainsi, tandis que l'Italie, la Sicile, la Hollande, la Belgique, les provinces rhénanes, la Pologne, la Suisse, etc....., recevaient des mains victorieuses de Napoléon notre Code de 1810, les duchés d'Oldembourg, de Saxe-Weimar, le royaume de Wurtemberg, la Suède et plus tard la Grèce et les cantons suisses de Saint-Gall, Zurich, etc....., adoptaient volontairement les dispositions du Code de Bavière. » (Bonnevillle, *Influence du Code de Bavière*, travail inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1852.) (*Note du traduct.*)

³ La rédaction du premier projet du Code pénal de Bavière avait été confiée à Kleinschrod, criminaliste éminent, mais plus porté vers les traditions du passé que vers les progrès des idées nouvelles. Feuerbach, jeune professeur de l'Université de Landshut, en fit bientôt paraître une critique fort remarquable. Le gouvernement l'appela aussitôt à Munich, pour le charger de rédiger un projet entièrement nouveau. Feuerbach n'avait alors que vingt-sept ans! (*Note du traduct.*)

à la clarté, à la précision avec lesquelles partout sont observés les mêmes principes. La barbarie des anciennes peines disparaît ; la loi apporte à l'arbitraire de la doctrine et de la jurisprudence des limites fixes, et les conditions constitutives du délit sont exposées pour la première fois d'une manière complète.

Mais ce sont précisément ces qualités qui sont la source de ses défauts.

Le système ¹ adopté par Feuerbach dans ses écrits, système qui a reçu le nom de *théorie de la contrainte psychologique* (*psychologische Zwangstheorie*), consiste à admettre que l'entraînement qui pousse à commettre un méfait peut être utilement neutralisé par la conviction que le délit sera puni d'un mal plus grand que le mal causé par la résistance à l'impulsion criminelle.

Cette théorie ôte, dans le Code, au juge toute espèce de pouvoir d'appréciation, rend nécessaires des peines trop sévères, et occasionne une fausse mesure de la culpabilité et une échelle des peines mal ordonnée.

La dépendance imposée aux magistrats et la sévérité des peines résultent de ce que les dispositions du Code sont absolues et sans alternative. Les peines de la récidive, entre autres, sont rigoureuses à l'excès et contenues dans des articles

¹ Feuerbach adopte pour point de départ de son système l'idée d'un contrat social. Suivant lui, la société civile dérive de l'union des volontés et des forces individuelles coalisées dans l'intérêt de tous.

Le but de l'État est d'établir le règne du droit. Toute lésion de droit est contraire à ce but ; et l'État, qui a pour mission de le réaliser, doit s'efforcer de rendre les lésions de droit impossibles. Or on arrivera à ce résultat en plaçant à côté de chaque lésion possible, la menace d'un mal supérieur à l'avantage que l'on peut retirer de la lésion projetée.

Telle est la théorie de la contrainte psychologique.

Si ce système avait ses défauts, il offrirait néanmoins à l'époque de Feuerbach d'incontestables avantages. C'est Feuerbach qui a, le premier, formulé en Allemagne ces axiomes : *Nulla pœna sine lege ; nulla pœna sine crimine ; nullum crimen sine pœna legali*.

En France, ces maximes nous paraissent des vulgarités banales à force d'évidence ; mais en Allemagne, qui le croirait ? elles sont encore loin d'être admises sans conteste. « L'axiome *Nulla pœna sine lege* est aussi faux, dit Boushert, que la proposition *Nullum jus sine lege*. » (*Hist. et théorie du droit pénal*, t. II, p. 312.)

V. Vattel, *Code de Bavière*.

(Note du traduct.)

si compliqués que la sagesse du juge est constamment hésitante sur l'application qu'il doit en faire ¹.

Quant à la fausse mesure de la culpabilité, elle apparaît surtout en ce que plus est vif l'entraînement vers le crime et favorable l'occasion de le commettre, plus sévère est le châtimeut, en vue d'obtenir une intimidation plus grande ².

Dans la neuvième édition de son ouvrage sur le Code pénal de Bavière, publiée par lui en 1826, Feuerbach a reconnu et corrigé plusieurs des principaux vices de son système, et notamment en ce qui touche la base de l'imputabilité, l'essence et les degrés de la culpabilité; il a supprimé la présomption de vol, accordé aux tribunaux une plus grande latitude et introduit diverses améliorations dans la partie spéciale aux délits contre les personnes et les propriétés.

Il a depuis reproduit cette innovation dans un projet modificatif du Code de 1813, projet dans lequel il publie les observations par lui faites pendant sa présidence de la Cour de Bamberg ³.

§ 4. — L'impulsion ainsi donnée, les divers États allemands font, à partir de 1838, de notables progrès dans la science du droit pénal, secondés qu'ils sont par tous les jurisconsultes célèbres qui apparaissent à cette époque ⁴, et grâce surtout aux discussions qui résultent des divers projets de lois soumis aux chambres.

¹ Le Code de Bavière a été, comme notre Code des délits et des peines de l'an IV, une réaction contre le régime des peines arbitraires. On croyait avoir résolu le problème en déterminant la peine d'une manière fixe, ou tout au moins en restreignant, autant que possible, le pouvoir discrétionnaire du juge. L'expérience a prouvé qu'on n'avait fait qu'introduire dans l'administration de la justice criminelle une intolérable rigueur, et il a fallu en revenir au système des peines arbitraires, déguisé sous le nom de circonstances atténuantes!

V. Vatet, *Code de Bavière*.

(*Note du traduct.*)

² Ainsi, loin de servir à atténuer la peine, toutes les circonstances qui sont favorables à l'accusé, telles que l'occasion, l'entraînement, etc..., sont une cause d'aggravation! Funeste conséquence d'un faux principe auquel on veut toujours être fidèle quand même!

(*Note du traduct.*)

³ Ce projet de Feuerbach modifiant le Code de 1813 a été trouvé, à sa mort, parmi ses papiers inédits. Il a été publié pour la première fois en 1847, dans l'*Archiv du droit criminel*, par Mittermaier. (*Note de l'aut.*)

⁴ Citons entre autres Tittmann, Honke, Martin, Bauer, Birnbaum, Wilda, Waechter, Abegg, Mittermaier, Zachariae, Geib, Heffler, Hezmann, Kocstlin, etc....

(*Note de l'auteur.*)

Ces discussions ont eu une influence d'autant plus salutaire, qu'elles étaient soutenues par les députés les plus capables, et surveillées par la publicité. Néanmoins ces heureux effets ne sauraient faire oublier les périls de semblables délibérations auxquelles se livrent des assemblées formées d'éléments hétérogènes, dont les majorités sont souvent le simple résultat du hasard, dont la plus grande partie des membres n'a pas en général fait du droit une étude spéciale et approfondie, et qui, pour toutes ces raisons, sont dirigées par des inspirations du moment, ou sont esclaves de l'autorité scientifique de quelque grand nom.

A moins d'avoir l'esprit aveuglé par l'ignorance ou l'injustice, on ne saurait méconnaître que si, dans ces diverses législations, on rencontre encore des traces de l'ancienne théorie exclusive de l'intimidation, on voit poindre, à travers un certain éclectisme, l'idée vraie du but de la peine, qui est d'un côté de *réparer* l'infraction faite à la loi, et de l'autre de rétablir dans la personne du condamné, par la voie de l'*amendement*, l'équilibre moral que sa mauvaise action a détruit. On ne saurait méconnaître également que, si l'on n'a pu complètement éviter ces règles dogmatiques absolues, qui sont un obstacle au développement de la science, et qui doivent être abandonnées aux savants, on a cependant laissé à la doctrine un champ assez vaste pour qu'elle puisse exercer librement son action ; que si, dans certains cas, la latitude du juge est trop restreinte, on lui permet pourtant, en général, une appréciation libre, sans pour cela faire abdiquer à la loi sa salutaire autorité.

On ne saurait méconnaître enfin que, si quelquefois le hasard est la seule règle suivie dans la fixation de la peine, c'est le plus souvent au degré de culpabilité de l'intention que se mesure la pénalité ; et de là surtout la rationalité des principes qu'offrent les nouveaux Codes sur la *culpa*, la tentative et la complicité.

Pour se bien pénétrer des progrès que manifestent ces législations, il suffirait de comparer le Code de Prusse de 1851 et celui de Saxe de 1855 avec les anciens recueils qui se sont succédé à partir du commencement du XVIII^e siècle jusqu'en 1838. Il est vrai de dire que, postérieurement à cette date, on n'a cessé de satisfaire par des lois partielles successives aux

besoins qu'avaient fait naître les réformes introduites à cette époque dans l'instruction criminelle.

V.

Nous avons vu que la nécessité de réformes se faisait sentir encore plus vivement dans l'instruction criminelle que dans le droit pénal proprement dit.

L'ancienne procédure *inquisitoriale* ne pouvait subsister.

Il était temps que les fonctions d'accusateur, de défenseur et de juge ne fussent plus réunies dans les mêmes mains, et que les différentes phases du procès cessassent d'être plus longtemps confondues.

Il était temps de limiter ce pouvoir arbitraire du magistrat, à la discrétion duquel l'accusé se trouvait livré sans armes; arbitraire qui avait permis au juge instructeur de faire revivre la *torture*, formellement abolie, en punissant à son gré l'accusé, s'il était reconnu coupable de mensonge, ou s'il s'obstinait à garder le silence, ou s'il refusait d'avouer.

Il était temps de rendre les débats *contradictaires*; car jusqu'alors le magistrat, statuant sur l'affaire, n'avait sous les yeux que les pièces de la procédure, et n'entendait ni les témoins, ni les experts, ni l'accusé lui-même. Pour suppléer à l'absence de ce dernier, on avait coutume de joindre au dossier un acte dit *geberdenprotocoll*, dans lequel étaient cotés et signés la tenue et les faits et gestes de l'accusé pendant l'instruction.

Il était temps enfin que le juge cessât de se croire forcé, par la théorie des *preuves légales*, d'introduire de véritables monstruosités juridiques, comme par exemple de punir même le *simple soupçon*, et de prononcer l'*absolutio ab instantia*¹.

Le signal de la réforme dans la procédure pénale fut donné

¹ Quand les conditions requises pour constituer les *preuves légales* n'étaient pas remplies, le juge, qui d'après la loi aurait dû absoudre l'accusé, avait imaginé deux moyens de le condamner quand même : selon la gravité des présomptions ; ou bien il punissait l'accusé à cause du *simple soupçon* dont il était l'objet, ou bien il prononçait l'*absolutio ab instantia*, c'est-à-dire le renvoyait de l'instance actuelle, se réservant de reprendre l'instruction si de nouveaux indices venaient à se révéler.

L'*absolutio ab instantia* avait pour l'accusé de très-fâcheuses conséquences, en ce qu'il restait sous le coup d'une nouvelle procédure et que pendant ce temps il était frappé d'incapacités civiles. (Note du trad.)

par le Code d'instruction criminelle de Bade de 1845¹; et à partir de 1848, presque tous les autres États de l'Allemagne font de leur procédure criminelle une refonte générale, concernant tantôt les crimes, tantôt les délits seulement.

Parmi les principales améliorations adoptées se rangent, en première ligne, l'institution du *ministère public* et celle du *jury*². On sépare avec soin de l'instruction préliminaire, les *débats*; qui sont désormais la partie la plus importante de la procédure, et qui, d'écrits qu'ils étaient, deviennent oraux. Enfin les règles de l'appel et du recours en cassation subissent de notables changements.

La voix de la nation et les organes scientifiques, qui depuis longtemps réclament ces réformes, les saluèrent avec bonheur. Elles eussent certainement été plus complètes si la divergencé encore existante des opinions sur le mérite de certaines institutions capitales, telles que le jury et la théorie légale des preuves, n'eût été la cause de l'incertitude où l'on était de savoir si l'on devait les adopter. L'époque agitée (1848) où elles prirent naissance y est aussi pour beaucoup. Toutefois on a généralement suivi le droit français, sauf en Brunswick, où l'on a pris pour guide le droit anglais.

Ajoutons que très-souvent on a négligé, pour s'occuper trop exclusivement de l'établissement du jury, les autres bases de la procédure, comme par exemple l'organisation judiciaire et l'instruction préliminaire.

Enfin n'oublions pas qu'il était impossible que les nouvelles institutions pussent porter de suite tous leurs fruits; puisque ni le public, ni les magistrats, ni le barreau n'y étaient encore accoutumés³.

¹ Ce Code, qui est un des plus progressistes de cette époque, est dû surtout à l'influence du savant Mittermaier, le premier des criminalistes allemands.
(Note du traduct.)

² Ainsi, tandis que nous jouissons du bénéfice de ces salutaires institutions depuis si longtemps, elles ne fonctionnent, dans une certaine partie de l'Allemagne, que depuis 1848!

En effet, l'Autriche, la Saxe et le Altenbourg n'ont pas encore adopté le jury. L'Autriche, toutefois, est sur le point de l'admettre. — On verra, dans la suite de ce travail, que M. de Schmerling a proposé au *Reichsrath* diverses réformes, parmi lesquelles il s'en trouve une relative à l'introduction du jury.
(Note du traduct.)

³ V. Planck, préface de son ouvrage dogmatique sur le nouveau droit pénal et l'instruction criminelle; et Mittermaier, ses différents écrits sur la procédure pénale.
(Note de l'auteur.)

VI.

C'est à tort que quelques auteurs ont pensé que de la création de ces législations propres à chaque État devait forcément résulter le morcellement définitif du droit commun pénal allemand.

C'est également à tort que d'autres ont craint que cette unité de principes, basée sur le droit romain, le droit canonique, les lois de l'Empire, le droit contumier et la jurisprudence générale, ne fût détruite par l'avènement de nouveaux Codes particuliers.

Toutes ces appréhensions étaient mal fondées, car l'unité du droit pénal allemand à cette époque n'existait déjà plus, ni quant à la forme ni quand au fond.

Pour démontrer jusqu'à quel point cette unité était depuis longtemps détruite, il suffit d'esquisser l'état du droit pénal, vers cette époque, dans deux États que nous choisissons : l'un au nord, *la Saxe*; l'autre au midi, *le Wurtemberg*.

En Saxe, il y avait différentes peines de mort qualifiées; en Wurtemberg, la seule peine de la décapitation.

En Saxe, deux genres d'emprisonnement; plus du double en Wurtemberg.

En Saxe, les tribunaux pouvaient prononcer, à titre de mesures de police, des détentions devant suivre l'expiration de la peine; cela n'avait pas lieu en Wurtemberg. De plus, il y avait de grandes différences dans le *quantum* de la peine; c'est ainsi que certains délits d'une importance secondaire étaient punis plus sévèrement en Saxe, parce qu'au delà du *maximum* de l'emprisonnement, qui était de huit semaines, venaient sans transition les travaux forcés, tandis qu'en Wurtemberg il y avait des degrés intermédiaires. Par contre, quelques crimes d'une certaine gravité étaient punis, en Saxe, de peines moins rigoureuses, parce que le *maximum* des travaux forcés à temps y était de dix ans, lorsqu'en Wurtemberg il dépassait vingt ans.

En Wurtemberg, la récidive était la principale circonstance aggravante du vol; elle ne l'était pas auprès d'un grand nombre de tribunaux saxons. Dans ce dernier État, au cas de concours de plusieurs vols, on faisait le total de toutes les sommes volées, ce qui n'avait pas lieu en Wurtemberg.

En Saxe, la restitution de la chose soustraite avait, quant à

l'atténuation de la peine, une bien plus grande influence qu'en Wurtemberg.

Enfin les mêmes différences se rencontrent dans la procédure. C'est ainsi que, pour n'en citer qu'un exemple, en Saxe les juges instructeurs renvoyaient le dossier aux Facultés de droit, tandis qu'en Wurtemberg ils jugeaient eux-mêmes ou renvoyaient l'affaire à la décision des Cours d'appel.

Au milieu de cette division, les législations qui furent créées devinrent *les organes d'un nouveau droit pénal allemand*, qui se présente, à la vérité, sous la forme d'un droit particulier, mais qui, au fond, repose sur une même base nationale. Grâce à la science pénale moderne, dont ils sont le produit, les Codes récents ont pu prendre et conserver, dans leur développement ultérieur, un certain caractère *d'unité*, unité à la destruction de laquelle, depuis la Caroline, la doctrine et la jurisprudence n'avaient cessé de travailler.

S'il est vrai que les progrès de la civilisation et l'extension des rapports internationaux amènent de plus en plus tous les peuples à prendre pour base de leurs législations les mêmes principes¹, et que les changements divers qu'on y rencontre ne sont que la conséquence forcée de la différence des institutions politiques, ce caractère unitaire devait exister à bien plus forte raison dans les travaux juridiques des États allemands, à cause de l'uniformité de l'esprit national, de l'identité des vues morales et sociales, et de la conformité des institutions politiques.

En outre, ces Codes n'ont-ils pas tous puisé à la même source, au vieux droit commun allemand et aux ouvrages scientifiques? et de même que le Code de Bavière formait la base immédiate des législations pénales qui se sont succédé de 1813 à 1838, et qui pour cette raison avaient entre elles une certaine

¹ Ces principes sont surtout ceux de la législation française, dont le Code civil (Code Napoléon) est déjà devenu le droit civil commun de presque toutes les nations civilisées, dont la procédure civile tend à être adoptée comme procédure générale en Allemagne, et dont le droit criminel, récemment imité en Portugal et en Italie, sert également de base à ce grand mouvement réformateur qui se manifeste actuellement en Allemagne, relativement à l'amélioration du droit et de la procédure pénales.

(V. les différents articles publiés dans cette *Revue*, 1^o sur le projet du Code pénal portugais, 2^o sur la procédure civile de Bavière, 3^o sur l'organisation judiciaire en Italie.)
(*Note du traduct.*)

similitude, de même il existe une telle ressemblance entre les législations récentes, parce qu'elles ont emprunté les unes aux autres, et se sont réciproquement servi de leurs travaux préparatoires, de leurs projets et des discussions de leurs chambres.

Sans doute, on y rencontre aussi certaines différences, soit dans la partie générale, par exemple en ce qui concerne la *tentative* et la *complicité*, soit dans la partie spéciale aux diverses infractions, soit enfin dans le langage technique employé. Mais il ne faut en chercher la cause que dans le profond besoin, dont est possédée la nation allemande, de se créer des lois individuelles, territoriales et locales. Cela provient encore de ce que les auteurs de ces différentes codifications, après avoir puisé à la source commune du droit général, ont voulu aussi faire usage de leur droit particulier et de leurs propres coutumes. Enfin cela provient également de ce que quelques États ont eu recours aux législations étrangères, comme par exemple la Prusse, et, en dernier lieu, la Bavière au droit pénal français¹.

Nous n'entendons certes pas prétendre que le droit commun existe encore à l'état de droit *formel*, comme à l'époque où l'autorité souveraine des lois impériales était reconnue. L'unité que nous constatons de nos jours n'est qu'une unité *de fait*, résultant d'une conformité de principes. Ce droit commun *de fait* ne tient plus lieu sans doute, comme au temps de la Caroline, d'un droit formel subsidiaire; mais il produit à peu près les mêmes résultats, car les tribunaux ont la faculté, pour résoudre les cas non prévus, de recourir aux ouvrages scientifiques, ouvrages qui sont les véritables dépositaires de ce nouveau droit commun.

Jusqu'à présent la science a bien pu, au moyen des travaux que lui ont inspirés chacune des législations récentes, maintenir cette unité de fait dans le droit pénal allemand; mais il est à craindre pour l'avenir que la tendance vers un droit particulier que nous avons signalée n'ait à la fin le dessus.

L'histoire du droit pénal nous fournit, pendant le cours des XVII^e et XVIII^e siècles, un triste exemple d'une semblable situation, alors que l'entier oubli dans lequel était tombée la Caro-

¹ Le Code de Bavière de septembre 1861, dont l'auteur veut ici parler, est la plus récente de toutes les législations pénales de l'Allemagne; il a fait de nombreux emprunts au Code pénal français. (Note du traduct.)

l'ine eut causé cette *anarchie législative*; résultat inévitable d'un particularisme sans mesure. Pour éviter qu'un semblable malheur ne se reproduise de nos jours, il est, selon nous, de toute urgence de créer un droit pénal commun et *formel*; c'est-à-dire un *Code pénal général et unique* s'appliquant à la totalité des États allemands¹.

On nous objecte que créer l'unité dans le droit pénal est une entreprise qui offre bien plus de difficultés encore que créer l'unité dans le droit civil et commercial²; que l'unité de législation n'est un bienfait qu'autant qu'elle est basée sur l'unité des mœurs et l'identité du caractère national; que dans un grand pays comme l'Allemagne il existe toujours forcément entre les diverses parties des différences essentielles, qui empêcheraient un Code unique, réglant tous les détails, de produire d'heureux résultats.

D'autres sont d'avis que la multiplicité des Codes territoriaux doit être maintenue, parce qu'elle a l'avantage de rendre facile l'introduction des réformes et présente une moindre force de résistance aux progrès qu'un Code fixe et général, et que les expériences qu'on a déjà tentées prouvent qu'il manque en Allemagne une force législative, capable d'entreprendre et d'achever cette grande œuvre.

Enfin il est des auteurs qui soutiennent que l'unité du droit pénal serait plus sûrement atteinte si on laissait agir les législations particulières et les ouvrages scientifiques.

A toutes ces objections nous faisons les réponses suivantes :

D'abord l'état actuel des divers territoires allemands, tant politique que moral, se prête merveilleusement à une codifica-

¹ L'auteur aborde ici l'importante question, en ce moment à l'ordre du jour dans toute l'Allemagne, de la nécessité d'avoir un Code pénal unique pour toute la nation germanique.

Un grand pas a été déjà fait dans ce sens par les deux congrès de juriconsultes, tenus l'an dernier à Berlin et cette année à Dresde, auxquels la présence des ministres de la justice de la plupart des Cours allemandes a donné une si grande autorité.

Une commission permanente a été créée en vue de travailler à ce mouvement unitaire; et, au nombre des principales résolutions qui ont été prises, on a proposé d'adopter, dans toute l'Allemagne, le Code de procédure civile du royaume de Hanovre.

(Note du traduct.)

² V., sur l'unité du droit commercial en Allemagne, un remarquable travail publié dans cette *Revue* (numéro d'août 1859) par mon honorable confrère M. de Valroger fils.

(Note du traduct.)

tion unitaire. Nous avons démontré, en effet, que partout les législations particulières sont basées sur les mêmes principes; et quant aux différences de détail qui forcément doivent exister, rien ne s'oppose à ce qu'on en tienne compte dans le Code général¹.

De plus, il n'est pas exact de dire qu'en formulant d'une manière fixe, dans un Code unique, le droit pénal d'une nation, on entrave le développement théorique et pratique de ce droit. On donne au contraire, à ces deux éléments, la base solide dont ils ont besoin pour prospérer.

La science, depuis Feuerbach et Grolman, a fait, ce nous semble, assez de travaux préparatoires, puisqu'il n'est plus une question qui n'ait été traitée et élucidée par les auteurs, examinée et discutée par les chambres, ou dont la solution n'ait été tentée par des expériences juridiques.

J'ajoute qu'il ne s'agit pas de construire un Code absolu et invariable, mais seulement de réaliser un progrès en égalisant le niveau des nombreuses législations particulières. Quel triste sort serait réservé à toute espèce de réforme s'il la fallait ajourner jusqu'à ce qu'on fût sûr d'atteindre l'idéal de la perfection!

Si la science a jusqu'à présent à peu près réussi à maintenir l'unité du droit pénal, elle ne saurait le faire plus longtemps, car elle est forcée de disséminer sa force, çà et là, au milieu de ce dédale et de ce morcellement de codifications qui, loin de se rapprocher, s'éloignent de jour en jour davantage les unes des autres, et contrainte de s'occuper spécialement du droit d'un seul État, abandonnant les autres à la décadence qui attend toute législation dès que la science générale la délaisse, fût-elle très-soigneusement cultivée dans ses limites territoriales.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue l'avantage politique immense qui résulterait de l'unité du droit pénal. Rien ne resserre, en effet, davantage les liens des différentes parties d'une nation que l'unité juridique.

¹ M. le baron Gross, procureur général à Eisenach (grand-duché de Saxe), propose dans sa Revue *Strafrechtspflege* de déterminer, par exemple dans le Code général, les cas passibles de la peine de l'emprisonnement, sauf à laisser aux différents États le soin d'en régler le mode et la durée suivant les divers régimes pénitentiaires en vigueur dans chacun d'eux.

(Note de l'auteur.)

Jusqu'à ce qu'on soit parvenu à l'accomplissement définitif de cette grande entreprise, et afin d'en aplanir les difficultés, il serait bon, selon nous, que les petits États de l'Allemagne s'entendissent pour adopter la législation d'un des plus grands, et que ces derniers, à l'occasion de la révision actuelle ou prochaine de leurs Codes particuliers, s'efforçassent de maintenir et d'affermir le plus possible les éléments favorables, en faisant disparaître les éléments hétérogènes et contraires à l'unité.

VII.

Il en est autrement en ce qui touche l'instruction criminelle. L'heure d'un Code général n'est pas encore sonnée. La principale cause de cette différence est que tous les États n'ont pas pu parvenir à admettre l'institution d'un jury statuant sur la question de culpabilité. On ne peut même espérer voir bientôt tomber cet obstacle, car on a eu le tort de mêler à la discussion de cette question purement juridique des considérations politiques, soit en faveur, soit contre l'adoption du jury¹; de même que dans les États où cette institution fonctionne, on a tenu compte de ces mêmes considérations pour restreindre sa compétence, modifier sa composition et son mode de voter.

C'est à tort qu'on objecte contre ce projet d'un *Code unique d'instruction criminelle* que, jusqu'à présent, certains gouvernements se sont toujours refusés à toute espèce de réforme concernant la procédure pénale, puisque ces gouvernements ne pourront se soustraire à l'impétueux courant de l'opinion publique, qui réclame ardemment des améliorations.

On oppose également à tort que les changements qu'on a fait subir dans certains territoires à l'instruction criminelle ont été faits sans ensemble, tantôt dans le sens du Code français,

¹ Il ne faut pas oublier que l'auteur écrivait vers la fin de l'année dernière.

Depuis cette époque, grâce aux réformes introduites en Autriche par M. de Schmerling, la question de Code pénal et d'instruction criminelle généraux a fait un pas important. Il est en effet probable que parmi les innovations, que le *Reichsrath* sera appelé à discuter, se trouvera la révision du Code pénal et du Code d'instruction criminelle autrichiens.

En ce qui concerne ce dernier, on est en droit d'espérer que l'institution du jury sera adoptée. Par là aura disparu le principal obstacle qui s'opposait à la création d'un Code unique d'instruction criminelle.

(Note du traduct.)

tantôt dans celui des lois anglaises. Cette absence d'harmonie n'affecte en rien les principes fondamentaux, car ces innovations ne touchent qu'à des points tout à fait secondaires.

Il importe peu, en effet, que le jury n'ait pas partout la même composition ou la même compétence; que dans certains États il ne soit saisi, à l'exemple de l'Angleterre, qu'en cas de désaveu de l'accusé¹; que dans d'autres, comme en France, il statue dans toutes les circonstances; que dans quelques-uns, encore à l'imitation du jury anglais, lorsqu'il ne veut pas rendre un *verdict général*, c'est-à-dire embrassant la question de fait et de droit, il puisse d'office restreindre sa décision à la question de fait, laissant au juge à qualifier l'infraction: c'est ce qu'on appelle le *verdict spécial*. Il importe peu, enfin, que le résumé du président embrasse à la fois le fait et le droit ou ne porte que sur le point de fait.

VIII.

Quoique le danger imminent qui menace d'amener le démembrement du droit général ne puisse être autrement conjuré par la science, qui en subit elle-même les atteintes, celle-ci cependant peut le rendre moins sensible en travaillant à préparer les moyens d'établir une législation pénale unique. Telle doit être en ce moment sa préoccupation la plus constante.

Quel que soit l'objet de leurs travaux, qu'ils soient relatifs au droit général ou au droit particulier, les auteurs de cette époque doivent ne pas perdre de vue la mission qui leur incombe. S'ils étudient le droit *général*, il faut qu'ils s'efforcent de bien faire ressortir quelles sont, au milieu du nombre infini et de la variété des statuts territoriaux, les institutions communes et vraiment nationales. S'ils traitent du droit *particulier*, ils de-

¹ En Angleterre la première question posée à l'accusé est celle-ci: « *Do you plead guilty or not guilty?* »

Si l'accusé s'avoue coupable (*guilty*), le jury se retire; il est jugé par le magistrat seul.

S'il nie qu'il soit coupable (*not guilty*), le jury est appelé à décider cette question de culpabilité.

C'est pour obtenir une réponse à cette interrogation que l'instruction criminelle anglaise, qui de temps immémorial a cependant rejeté tout moyen de contrainte imposée à l'accusé, employait les modes les plus cruels de torture.

(Note du traducteur.)

vront, après l'avoir examiné dans son existence propre, le présenter comme un rameau du droit général allemand.

Loïn de nous la pensée de contester l'importance des études sur l'ancien droit commun; nous sommes seulement d'avis que ce droit n'a plus aujourd'hui de valeur que comme source dogmatique et historique.

La science ne doit pas, pour accomplir sa tâche, se borner à des travaux de doctrine; elle voudra y joindre des recherches sur les temps passés.

Trois grands corps de droit forment le vaste champ qui s'offre encore à ses méditations : le droit *romain*, le droit *canonique* et le droit *germanique*, dont on retrouve les traces dans chacune des branches du droit pénal.

La science aura dans le *droit romain* les premiers éléments de chaque question; elle les suivra dans le développement qu'ils subissent en *droit canonique*, et elle atteindra ainsi les monuments les plus reculés du *droit germanique* : les *leges barbarorum* et les *formulae*. Dans ces législations barbares elle devra observer avec soin les nombreuses nuances qui existent entre les lois des diverses peuplades, nuances qui résultent souvent de ce que les lois ont été promulguées, soit par les rois, soit par les peuples eux-mêmes. Elle arrivera de la sorte aux *Capitulaires* des rois.

Puis recueillant les rares documents juridiques épars dans les *déclarations*¹ et les *jugements* des *Scabini* (*Weisthümer* et *Schoeffensprüche*), elle parviendra aux *Livres de droit* (*die Rechtsbücher*), le *Sachsenspiegel*, le *Schwabenspiegel*, etc...

Parcourant alors la voie très-compiquée des différentes séries des droits municipaux et provinciaux du nord et du sud de l'Allemagne, elle atteindra l'époque de la *Bambergensis* et de la *Caroline*. Partout dans sa marche elle devra observer l'invasion du droit romain, ses victoires et ses défaites dans le droit municipal et la jurisprudence des tribunaux; et comme les lois de Rome se sont introduites sur le sol germanique sous les formes et avec les modifications que leur avaient données les jurisconsultes italiens du XI^e au XVI^e siècle, l'histoire des

¹ Avant de juger l'affaire qui leur était soumise, les scabins *déclaraient* d'après quels principes ils allaient rendre leur décision; il n'y avait pas encore de lois positives. Ces *déclarations* (*Weisthümer*) ont été réunies et forment divers recueils. (Note du traduct.)

Doctrines romaines en Italie devient d'un puissant intérêt.

Après la *Caroline*, l'histoire de la pratique et de la *Doctrine en Allemagne* acquiert une importance toute particulière, parce qu'elles sont, sauf quelques lois territoriales isolées, les seuls organes du développement et de la conservation du droit commun.

Enfin, par l'examen des codifications nouvelles et par l'étude de la jurisprudence et des ouvrages dogmatiques qui en sont la conséquence, la science achèvera sa pérégrination historique. Partout elle devra noter les principes initiateurs, partout séparer les lois positives des résultats arbitraires du pouvoir et des tribunaux, partout écarter l'accidentel du nécessaire.

A côté de l'analogie des faits extérieurs de l'histoire du droit, elle recherchera les idées *mères* et les sentiments *nationaux* qui ont donné naissance aux lois positives de chaque époque.

Des travaux historiques conçus suivant la méthode que nous venons d'esquisser peuvent seuls permettre l'exécution d'une pensée grandiose jusqu'à ce jour irréalisée : *L'Histoire générale du droit pénal et de la procédure criminelle en Allemagne*.

Quand les recherches monographiques auront ainsi traité chaque matière, à partir de sa source dans le droit romain jusqu'à son embouchure dans les nouvelles codifications pénales, peut-être pourra-t-on enfin mener à bien cette vaste entreprise dont désespéra le zèle infatigable de Wilda¹.

La réalisation de cette grande œuvre sera, sous tous les rapports, l'honneur de la science allemande! CH. LEVITA.

¹ Wilda, après avoir écrit le premier volume de son *Histoire du droit germanique*, qui comprend tout le temps écoulé jusqu'aux Capitulaires, s'est arrêté. Nul autre pourtant n'était plus capable que lui, par la connaissance profonde qu'il avait des temps passés, d'accomplir ce noble dessein. Malheureusement l'heure d'une histoire générale du droit allemand n'a pas encore sonné!
(Note du traduct.)