

BULLETIN
DE LA SOCIÉTÉ
DE
LÉGISLATION COMPARÉE

TOME TROISIÈME,

1873 — 1874

PARIS

—
1874

en Italie 257,000 kilom. de chemins vicinaux pour être au niveau de la France et de l'Angleterre.

En tenant compte des ressources assurées par la loi et des efforts tentés jusqu'ici, on peut dire que sur 8,154 communes composant le royaume, 6,398 environ auront terminé leur réseau dans un délai de vingt ans, ce qui représentera une dépense d'environ 147 millions. Il est probable que ces prévisions ne seront pas réalisées ; mais il est remarquable de voir s'établir en Italie un système logique, visiblement inspiré du nôtre et confié à une administration énergique qui doit le mener à bonne fin. Seulement le gouvernement italien aura bien de la peine à égaliser la proportion des chemins dans toute l'étendue du territoire. Ainsi, la Sardaigne ne possède que 47 mètres de chemins communaux par kilomètre carré, tandis que la Lombardie en a 630. Ce qui complique aussi la difficulté, c'est la nécessité d'achever le réseau des routes royales et provinciales ; un réseau vicinal ne peut exister qu'à la condition de venir se greffer sur un réseau de grandes routes et à ce point de vue l'Italie a fort à faire.

Nous avons déjà dit un mot des longueurs en Belgique et dans les Pays-Bas. L'absence de documents statistiques pour les autres contrées ne nous permet pas de pousser plus loin notre examen.

→ M. le Secrétaire général dépose un travail de M. MARTINET, *procureur de la République à Tonnerre*, sur les origines du Code pénal allemand.

Le droit pénal est dans la main d'un gouvernement un puissant moyen d'influence et de direction. En même temps qu'il participe du droit public, il descend aussi jusqu'à la réglementation des actes les plus ordinaires de la vie domestique, et le champ qu'il embrasse peut être étendu pour ainsi dire à l'infini sous prétexte d'intérêt public ou de raison d'État.

La Prusse a toujours fait du Code pénal une arme politique, et aujourd'hui moins que jamais, elle a abandonné cette tradition. Après avoir fondé la Confédération de l'Allemagne du Nord sur les débris de l'ancienne Confédération germanique tombée sous ses armes ; plus tard, après avoir ressuscité à son profit l'Empire d'Allemagne, elle s'est empressée de donner à la Confédération et à l'Empire son Code pénal, avec les seules modifications que rendaient nécessaires les progrès réalisés dans la science du droit, et le nouvel État qu'il avait à régir (1).

Du jour où ce Code est entré en vigueur (lois des 22 avril et 15 mai 1871), ses dispositions ont été substituées aux lois existant sur les

(1) Ces modifications se trouvent indiquées en note de la traduction que M. Ribot a donnée de ce Code (*Annuaire de législation comparée*, t. 1^{er}, p. 80 et s.)

mêmes matières dans tous les États du nord et du sud de l'Allemagne. En même temps, la Constitution impériale du 16 avril 1871 a resserré dans des limites si étroites le droit de légiférer appartenant à ces États, qu'on peut dire qu'il a passé tout entier, au Parlement de l'Empire. C'est la Prusse qui exerce l'influence prépondérante dans ce Parlement par le nombre de ses députés, dans le Conseil fédéral par les voix qu'elle y possède, et enfin dans tous les Conseils de l'Empire dont son roi est le président ; les États allemands ont donc résigné véritablement entre ses mains les plus importants de leurs droits et de leurs prérogatives. Cette abdication de nations en pleine possession d'elles-mêmes, d'un commun accord entre gouvernants et gouvernés, est unique dans l'histoire, et malgré son amour de la tradition, l'Allemagne est impuissante à l'appuyer de l'autorité du passé.

Sans doute, l'ancien Empire germanique a eu sa législation pénale dont les derniers restes viennent d'être abolis par la législation nouvelle, mais elle différait essentiellement de celle-ci par son origine, par ses effets et par son but. C'est à l'histoire de cette législation du premier Empire, à l'examen de ces différences et à la recherche de l'influence que la Prusse a exercée sur son développement que nous consacrerons cette étude.

I

Il serait superflu d'insister ici sur la différence des origines. Lorsque le premier Empire germanique sortit des débris du vaste Empire de Charlemagne, il ne se trouva pas, comme le nouveau, en possession dès sa naissance de l'unité de législation pénale. La diversité la plus grande résultait au contraire du caractère de personnalité des lois barbares qui y étaient en vigueur. Le système des compositions pécuniaires que les lois et les capitulaires avaient introduit n'avait pas encore triomphé du recours à la force individuelle, du droit de vengeance, des guerres privées, et pendant longtemps les efforts des successeurs du grand Empereur à la couronne de Germanie se bornèrent à affermir dans leurs États la paix publique sans cesse compromise, et à édicter des peines contre certains crimes plus propres par leur nature à éveiller les haines d'homme à homme, de famille à famille : parricide, meurtre, empoisonnement, incendie, hérésie, et quelques autres encore, au moyen d'ordonnances rendues sans vues d'ensemble, et suivant les besoins du moment.

Le premier traité général de droit qui fut en vigueur en Allemagne n'y eut point son origine. Ce fut le livre des *fiefs* (*libri feudorum*), œuvre de juristes lombards du milieu du XI^e siècle (1158-1168), formé d'éléments empruntés aux Constitutions impériales, aux lois lombardes, aux usages traditionnels, au droit romain, et qui, incorporé

aux collections du droit de Justinien, se répandit avec elles dans l'Europe où il obtint une autorité inégale dans les différents États. En Allemagne, les rapports de suzeraineté et de dépendance existant entre la Lombardie et l'Empire, les circonstances dans lesquelles il avait été composé, certains des éléments dont il était formé, le firent accepter comme règle, et il y devint en matière féodale le droit commun (1). Toutefois il n'y fut jamais considéré comme loi unique, exclusive, et ce n'est pas là qu'il faut chercher l'origine du droit national allemand. Elle se trouve dans les coutumes locales, dans les droits particuliers qui se formèrent sur chaque territoire, dans chaque ville, pendant la période féodale, lorsque le droit pénal devint territorial, de personnel qu'il était autrefois.

Il ne paraît pas que jusqu'au ^{xiii}^e siècle aucun de ces droits particuliers ait été mis par écrit. Le plus ancien qui nous soit parvenu est un coutumier saxon, le miroir de Saxe (*Sachsen Spiegel*), qui date des premières années de cette époque (1215-1235), et qui contient à la fois des règles sur la constitution politique et judiciaire, sur la procédure criminelle et sur le droit pénal. Ce recueil eut dans tous les États du nord de l'Allemagne une immense autorité, et bien qu'il ne soit autre chose que l'œuvre individuelle d'un jurisconsulte saxon, qui réunit et mit par écrit les règles du droit appliqué dans son pays, on peut dire qu'il présente l'état du droit non-seulement dans la Saxe, mais aussi dans la plus grande partie de l'Empire. Ce n'était pas sans doute une œuvre parfaite ni complète, et l'on ne peut pas d'ailleurs espérer raisonnablement trouver la perfection dans un coutumier de cette époque; les peines étaient trop sévères, et nullement en rapport avec la gravité du fait qu'elles avaient à punir; les incriminations étaient mal définies, et le champ laissé à l'arbitraire du juge était immense; mais il présentait pour la première fois un système d'ensemble du droit pénal assez bien ordonné, et il justifiait par là la faveur qui l'accueillit dès qu'il parut, et qu'il conserva pendant des siècles, malgré l'interdiction dont le frappa en 1374 le pape Grégoire IX, comme œuvre détestable, remplie de dispositions fausses, téméraires, iniques, hérétiques, schismatiques, et contraires aux bonnes mœurs (2).

On y avait adopté, pour le classement des actions pénales, une division qui resta pendant longtemps en usage dans les différents droits

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. IV, p. 546.

(2) Ad nostrum pervenit auditum, quod in Saxonis ac nonnullis aliis partibus, quædam detestabilia scripta legum, speculum saxonicum, vulgariter appellata... et ipsa scripta vel leges tanquam falsa, temeraria, iniqua et in quibusdam partibus eorum hæretica et schismatica, et contra bonos mores existentia, periculosaque nimium animabus... reprobamus, damnamus etc... (Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 22.)

allemands. Elles formaient deux classes suivant leur gravité. La première comprenait tous les actes susceptibles par leur nature de troubler la paix publique; la deuxième, les simples délits, tels que les coups sans effusion de sang, les outrages, les petits vols, l'appropriation des choses trouvées, l'altération de poids, de mesures, et de marchandises.

Les peines prononcées contre les différents crimes ou délits étaient la mort sous différentes formes, les mutilations corporelles, la perte du fief et du droit de succession. L'amende y avait conservé le caractère de réparation civile, elle n'était pas attribuée à l'État, mais à la partie lésée, et elle était différente suivant sa condition et son sexe, de telle sorte que la femme mariée n'avait droit qu'à la moitié de celle qu'aurait obtenue son mari, et la fille à la moitié aussi de celle qui aurait été attribuée à un homme de même condition. L'emprisonnement n'était pas une peine, mais une simple mesure d'instruction, dont l'emploi était limité en général aux cas où le fait incriminé emportait peine afflictive. On y trouvait aussi, à propos des incriminations pénales, des dispositions relatives à la tentative, à la complicité par provocation aide, assistance, ou par recel, et aux causes d'atténuation et d'excuses, telles que l'âge du délinquant, l'insanité d'esprit et la force majeure.

L'autorité que le miroir de Saxe exerça dans le nord de l'Allemagne, le miroir de Souabe (*Zwaben Spiegel*), qui parut quelques années plus tard, l'exerça dans le Sud : l'Autriche, la Bohême, le Tyrol, la Bavière, la Hesse, la Franconie, la Suisse, et il en fut fait au *xiv*^e siècle une traduction française pour la Lorraine et l'Alsace.

Le droit de la ville de Magdebourg, qui ne fut recueilli par écrit que dans les premières années du *xiv*^e siècle (1304) était en possession aussi, même avant cette époque, d'une assez grande autorité. Plusieurs villes l'avaient consulté et pris pour modèle, Breslau, Görlitz, Stendal, d'autres encore, et il existe en manuscrit le curieux recueil des décisions que ses échevins avaient donné à cette dernière ville.

En résumé, ce qu'on trouve en Allemagne jusqu'au *xv*^e siècle, c'est une foule de droits locaux, quelques-uns rédigés par écrit, le plus grand nombre confiés uniquement à la mémoire des échevins, qui, quand il se présentait un cas nouveau, n'avaient en général d'autre ressource que de consulter les règles appliquées sur ce point par leurs voisins.

Ces droits différents les uns des autres se composaient eux-mêmes d'éléments disparates qu'ils avaient empruntés au droit canonique, au droit romain et au droit germanique, cherchant à compléter par l'un ce qui manquait aux autres, et n'y parvenant pas toujours; les textes sur lesquels ils reposaient étaient peu connus, mal interprétés, et la porte restait grande ouverte à l'arbitraire. A ces causes d'incertitudes

et d'erreurs, il faut joindre encore celles qui résultaient de l'anarchie à laquelle l'État était en proie, du recours violent et toujours persistant au droit de la force, des entreprises et des actes sanguinaires par lesquels les tribunaux Wehmiques manifestaient leur existence, et surtout du manque absolu de règles de procédure criminelle (1).

La procédure criminelle, dont il faut dire ici un mot parce que nous la rencontrerons unie au droit pénal dans tous les actes législatifs de cette époque et des temps suivants, se trouvait en effet dans une période de transformation. Les cojureurs, les épreuves ou ordalies et les combats judiciaires étaient les moyens de preuve employés à l'origine, moyens en harmonie avec des institutions pénales au nombre desquelles la vengeance figurait comme un droit et comme un devoir (2). À mesure que l'élément public prévalut sur l'élément privé, que la peine fut considérée moins comme une réparation du dommage causé à la partie civile que comme la répression, dans l'intérêt général, du trouble apporté à l'ordre social, la procédure subit aussi l'influence de ces idées, et d'accusatoire qu'elle était, elle devint inquisitoriale; la poursuite fut intentée et suivie d'office, au nom et dans l'intérêt de l'État. Mais les règles de ce mode de procéder qui s'était introduit peu à peu dans la pratique, n'étant pas encore formulées, la confusion et la diversité la plus étrange présidaient au choix des moyens employés pour arriver à la preuve judiciaire. Il en résulta des erreurs fâcheuses, d'iniques condamnations, l'opinion publique s'en émut, et de cette émotion populaire naquit l'idée de l'unité du droit. La chambre de justice de l'Empire porta l'expression de ces plaintes et de ces réclamations au Reichstag qui, à Fribourg en 1498, et à Augsbourg en 1500, proclama la nécessité d'une législation criminelle, uniforme pour tout l'Empire, qui corrigerait les vices qu'on lui dénonçait. Mais il ne prit aucune mesure pour rendre effective cette déclaration, et c'était à une législation particulière, due à l'initiative individuelle, qu'il était réservé de devenir, quelques années plus tard, la loi pénale de l'Empire.

Le mal dont le Reichstag constatait l'existence avait en effet frappé tous les esprits; chacun s'efforçait d'y porter remède, et l'on vit paraître à cette époque une série d'ordonnances publiées dans ce but; la Wormser Reformation de 1498, l'ordonnance sur les maléfices pour le Tyrol de 1499, l'ordonnance de justice criminelle de Radolphzell en 1506, et l'ordonnance sur les maléfices de Laybach en 1514.

Toutes ces ordonnances contiennent à la fois des dispositions relatives au droit pénal et à la procédure criminelle. Celles qui concernent

(1) Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, S. 59.

(2) Tacite, *Germania*, 21. — L. angl., VI, 5. *Ad quemcumque hæreditas terre pervenerit et utro proximi.*

le droit pénal ne sont pas de nature à appeler spécialement notre attention : la Wormser Reformation, qui est la plus complète et la plus importante d'entre elles, ne fait guère en effet que reproduire sur ce point les dispositions déjà connues du Miroir de Saxe. De même que dans ce Recueil les actions punissables sont séparées en deux classes ; dans l'une les contraventions de police, les injures, les blessures légères, les dommages causés aux choses, toutes affaires jugées dans la forme des procès civils, et dans lesquelles une peine afflictive ne pouvait être prononcée qu'en cas d'insolvabilité du délinquant ; dans l'autre les délits graves, poursuivis d'office, jugés dans la forme des procès criminels et punis de peines afflictives. Les peines aussi y sont les mêmes, et tout aussi sévères ; il ne s'y trouve rien de particulier non plus relativement aux règles générales du droit.

Celles de leurs dispositions qui concernent la procédure criminelle sont au contraire très-remarquables, car elles consacrent définitivement la substitution de la procédure inquisitoriale à la procédure d'accusation, et elles remplacent les règles autrefois usitées par des règles nouvelles qui donnent pour base aux décisions judiciaires la preuve résultant des déclarations des témoins ou des aveux de l'inculpé. La procédure est devenue écrite et secrète, et la poursuite en règle générale est intentée et suivie d'office. La partie lésée a bien conservé sans doute le droit de poursuivre directement, mais comme exception seulement, en remplissant certaines formalités spéciales, l'inscription, le cautionnement, en se soumettant à tous les inconvénients qui pouvaient résulter pour elle de ce qu'elle ne prouvait pas ses prétentions ; et encore, l'ordonnance sur les maléfices pour le Tyrol lui refusait absolument cette faculté.

Désormais, l'intérêt supérieur de la société est considéré comme tellement distinct de l'intérêt privé, que si la partie lésée poursuivait directement par voie civile la réparation du dommage qui lui avait été causé, et qu'elle triomphât, cette circonstance, loin d'être un obstacle à l'exercice postérieur de l'action publique, lui était au contraire favorable, et la poursuite criminelle intervenant, la condamnation devait être prononcée, parce qu'on regardait comme acquise par l'effet du jugement civil la preuve de la culpabilité.

Vers cette époque, Jean de Schwarzenberg, intendant de l'évêque de Bamberg, entreprit aussi de rédiger pour les États de son souverain une ordonnance criminelle. Schwarzenberg n'était pas un jurisconsulte, il avait consacré sa jeunesse à la carrière des armes, mais il joignait à un sens très-droit une intelligence supérieure, et il avait acquis la pratique des affaires dans l'exercice des fonctions dont il était investi. Il ne se proposait pas d'ailleurs d'innover, mais de combiner

ensemble et de réunir dans un même cadre pour en faire un tout uniforme, les éléments relatifs au droit pénal et à la procédure criminelle tirés du droit germanique, du droit canonique et du droit romain. Le droit local de Bamberg, la Wormser Reformation et les traités des criminalistes italiens des XIII^e et XIV^e siècles, sont les sources principales auxquelles il a puisé. Il réussit pleinement dans son entreprise. Le résultat de ses travaux parut en 1506, sous le titre d'ordonnance criminelle de Bamberg (*Bambergische Halsgericht ordnung, — Bambergensis*); — et la même année cette ordonnance reçut force de loi dans l'évêché de ce nom.

C'était une œuvre considérable. Sa supériorité sur toutes celles de même nature qui n'avaient jusque-là vu le jour la fit accepter comme règle dans une grande partie de l'Allemagne. Les margraves Casimir et Georges, notamment, l'introduisirent, dès 1516, sous le nom de *Brandenburgica*, dans leurs possessions de Franconie et du Brandebourg, et l'autorité qu'elle obtint devint promptement si générale, qu'il n'y eut plus en quelque sorte qu'à donner une sanction légale à un fait accompli en la déclarant loi pénale de l'Empire. Après avoir subi quelques modifications peu importantes, elle reçut en effet ce titre du Reichstag réuni en 1532 à Ratisbonne, et elle devint l'ordonnance criminelle de Charles-Quint et du Saint-Empire romain (*Halsgericht ordnung Kaiser Karls V, und des heiligen römischen Reichs — Carolina*).

Cette ordonnance, que nous désignerons par le nom sous lequel elle est le plus habituellement connue, « la Caroline », renferme 219 articles, dont 77 consacrés au droit pénal (104 à 180), les autres à la procédure criminelle et à l'organisation judiciaire. Elle fut traduite en latin en 1543. Il en fut fait aussi deux traductions françaises : l'une à Montbéliard en 1612, l'autre à Paris en 1734, pour l'usage des troupes suisses au service du roi de France.

Pour tout ce qui concerne le droit formel, Schwarzenberg s'est surtout inspiré de la Wormser Reformation. C'est elle qu'il a prise pour modèle et il n'est point difficile de reconnaître quelle étroite connexité existe sur ce point entre les deux ordonnances. Ce sont les mêmes dispositions prises dans le but de consacrer le triomphe de la procédure inquisitoriale sur la procédure d'accusation, l'accomplissement des mêmes formalités imposées à l'exercice de cette dernière, alors que l'on proclame comme nécessaire l'emploi de la première dans tous les cas où personne ne se porte accusateur.

En matière pénale, fidèle à son titre, la Caroline ne s'occupait expressément que des cas graves jugés dans la forme des procès criminels, et qui pouvaient motiver l'application de la peine de mort ou de

toute autre peine afflictive. Pour les cas moins importants, jugés dans la forme des procès civils, et n'entraînant après eux qu'une peine pécuniaire, elle s'en référait aux droits locaux. Elle reconnaissait au droit romain l'autorité de droit subsidiaire, et c'est à lui qu'elle renvoyait pour la solution de tous les cas quelle n'avait pas prévus. Elle renfermait aussi des dispositions relatives à la complicité, à la tentative, à l'imputabilité. Elle abrogeait complètement l'usage qui permettait aux juges de convertir en une somme d'argent une peine criminelle, et elle ne donnait ce droit qu'au souverain comme une conséquence naturelle du droit de grâce dont il était investi.

On a dit que la Caroline n'était qu'un Code dont l'usage n'avait point été imposé, mais seulement recommandé par le Reichstag, à tous les états de l'Empire (1). On ne peut définir plus justement son caractère et sa véritable portée. Ce n'était point en effet un droit jaloux, exclusif, substituant son autorité à celle des droits existants; une œuvre à visées politiques, dont les conséquences devaient être d'assurer la domination d'un État sur les autres États d'Allemagne. C'était une œuvre purement juridique; un droit subsidiaire, supplétif où pouvaient puiser des règles de procédure et de droit pénal les États qui en étaient privés, où ceux qui avaient déjà une législation pouvaient s'adresser pour en combler les lacunes ou en corriger les imperfections; qui se superposait si l'on veut aux droits alors en vigueur, mais qui les respectait tous, et qui pour le présent comme pour l'avenir laissait en possession de leur législation et de la plénitude de leurs attributions législatives tous les États compris sous le sceptre de l'Empire.

Aucun de ces États d'ailleurs n'avait eu alors la pensée d'abdiquer ses pouvoirs entre les mains de l'empereur, et avec un soin jaloux, ils s'étaient fait expressément garantir le maintien de ces droits si précieux, apanage des nations vraiment libres. Cette garantie faisait l'objet d'une disposition spéciale connue sous le nom de clause conservatoire (*Salvatorische clausel*). « Nous entendons, y était-il dit, que la présente ordonnance n'entreprenne en rien sur les droits que les Electeurs, les princes et les États ont acquis par un juste et légitime usage (2). » Cette clause sauvait en même temps leur indépendance et leur dignité.

Si la Caroline n'établit point l'unité de droit pénal dans l'Empire, elle y introduisit cependant une certaine uniformité, par la seule influence que ses mérites lui assuraient. Divers États l'adoptèrent purement et simplement. D'autres reproduisirent la plupart de ses dispositions, ce

(1) Geib, *Lehrbuch*, S. 276.

(2) « Doch wollen wir durch obgemelte Ordnung Churfürsten Fürsten und Ständen an ihren alten wohlhergebrachten rechtmässigen und billigen Gebräuchen nichts benommen haben. »

qui eut lieu par exemple pour l'ordonnance criminelle publiée en 1535 dans la Hesse sous le nom de Hessiaca. Et là même où au premier abord il pouvait sembler que son influence n'avait pas pénétré, elle s'exerçait cependant ; car dans les États où elle n'avait pas reçu force obligatoire, la pratique n'eût pas moins recours à elle que dans ceux où elle avait reçu expressément cette autorité.

La pratique judiciaire de ce temps n'était pas d'ailleurs au niveau de la législation, et à mesure que celle-ci gagnait en précision et en étendue, il se trouvait plus difficilement des juges capables de la comprendre et de l'appliquer. Aussi les actes législatifs n'avaient-ils pas alors le caractère simple qu'ils possèdent aujourd'hui, et souvent ils donnaient à côté du texte une sorte de commentaire destiné à éclairer le juge et à lui en faciliter l'application.

C'est ce qu'avait fait déjà la Wormser Reformation. C'est ce qu'a fait aussi la Caroline, qui, au lieu de se borner à formuler des prescriptions légales, revêt assez souvent avec la forme doctrinaire le caractère d'un traité de droit.

Ce commentaire nécessairement succinct ne pouvait pas donner la décision de tous les cas douteux. Souvent aussi l'Ordonnance était muette, et il fallait chercher ailleurs la solution des difficultés qui se présentaient. La Caroline avait prévu ce cas, et elle recommandait d'avoir recours alors aux lumières des tribunaux supérieurs, aux Universités les plus proches, aux villes, aux communautés et aux personnes versées dans la science du droit. Elle renvoyait fréquemment aussi à l'étude des sources auxquelles elle-même avait puisé : le droit romain, le droit canonique, le droit commun et l'usage. Mais s'il devait être toujours possible de résoudre une question dont la solution devait dépendre de l'interprétation du droit commun ou de l'usage, la difficulté devenait grande, non-seulement pour le juge, mais souvent aussi pour celui qu'il consultait, lorsqu'il était nécessaire de remonter aux sources du droit romain ou du droit canonique. On se voyait parfois alors dans la nécessité de recourir successivement à plusieurs autorités différentes ; il en résultait de longs retards dans l'instruction et la décision des affaires criminelles, et il y avait là une source féconde de diversité et d'erreur (1). Tous les bons résultats que l'on pouvait attendre de la nouvelle législation se seraient donc trouvés compromis par l'insuffisance et l'ignorance des juges chargés de la mettre en pratique, ignorance que la Caroline elle-même proclamait d'ailleurs hau-

(1) Ce recours au droit d'une autre ville n'était pas spécial à l'Allemagne, il se pratiquait aussi en France. Voir sur ce point les notes dont M. le comte Beugnot accompagne le « Tout lieu de Saint-Denis », publié en appendice dans le deuxième volume de son édition des *Olim.*

tement, si elle n'eût été rendue accessible à leur intelligence. Ce fut le but que se proposèrent les juriconsultes du xvi^e et du xvii^e siècle, qui publièrent sous les titres divers de « Practica » — « Constitutiones Carolinæ publicorum judiciorum » — « Fasciculus de pœnis », etc., d'assez nombreux traités donnant à un point de vue purement pratique des commentaires de l'ordonnance, interprétant son texte, complétant ses dispositions au moyen d'emprunts faits au droit romain, et rendant ainsi possible aux juges l'accomplissement de leur mission.

La législation pénale de l'Empire demeura stationnaire ; telle elle était à l'origine, telle elle est parvenue jusqu'à nous, et elle ne reçut pas même les changements et les additions que bientôt rendirent nécessaires les progrès de la science du droit et le développement de la civilisation. Toute l'activité législative des temps qui suivirent celui où elle avait vu le jour se concentra dans les États particuliers ; et c'est aux législations nouvelles dont nous allons suivre le développement que passa successivement l'influence dont elle avait été en possession. C'est encore la Saxe qui, comme au xiii^e siècle, se mit à la tête de ce mouvement, qui, la première, entreprit de réformer la législation pénale, et d'y introduire les modifications que les nécessités pratiques réclamaient impérieusement.

En 1572, l'électeur Auguste de Saxe demanda dans ces vues aux membres des Facultés de droit de Leipsig et de Wittenberg, de lui indiquer les réformes qu'ils jugeraient utile d'introduire dans les lois du pays. Le résultat de leurs travaux fut publié successivement en 1599, 1600 et 1608, et il reçut force de loi sous le titre de *Consultationes*, ou *Constitutiones saxonicae*.

Ils avaient tiré les éléments de cette réforme, du droit national saxon, de la Caroline comme droit de l'Empire, du droit romain et du droit canonique : c'étaient à la vérité les mêmes sources que celles auxquelles avaient puisé, quoique d'une manière inégale, tous leurs devanciers, mais ils en avaient fait un bien meilleur usage. Au lieu de leur emprunter une foule de citations, véritable plagiat qui caractérise les œuvres du plus grand nombre des juriconsultes de ce temps, ils les avaient soumises à une sorte d'examen scientifique ; ils avaient apporté le même esprit dans la plupart des controverses qui divisaient la doctrine, et ils avaient cherché, non sans succès, à mettre au service de la science du droit et de la législation, les enseignements de la pratique. Les *Constitutiones saxonicae* rendirent au droit pénal du xvii^e siècle le même service, que le Miroir à celui du xiii^e, et elles entrèrent en possession en Allemagne de la même autorité (1).

(1) Les *Constitutiones saxonicae* furent publiées en trois parties. La première sous le titre de : *Questionum variarum apud juris utriusque interpretes controversarum decisiones et discussiones ex jure cæsareo, pontificio et saxonico, ad praxin cameræ*

L'œuvre des Constitutions fut continuée et complétée par les jurisconsultes saxons dont l'influence prépondérante ne contribua pas peu à maintenir leur nation en possession jusqu'au xviii^e siècle du premier rang que ses œuvres législatives lui avaient donné en Allemagne. Le plus important de leur travaux fut la *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, que publia à Leipzig, en 1638, Bénédict Carpzow. Ce commentaire, véritable traité de droit pénal, dont le principal mérite était de présenter une codification générale de ce droit, à une époque qui demandait moins la discussion doctrinaire des controverses juridiques que des règles simples et claires que la pratique pût mettre facilement en usage, obtint en Allemagne une autorité sans limites et exerça une influence considérable sur l'administration de la justice criminelle dans ce pays (1).

Les Constitutions saxonnes, ainsi que les travaux des jurisconsultes qui avaient pris pour base et pour sujet de leurs études le droit saxon, portèrent la première atteinte à l'autorité de la Caroline, et il ne s'éleva alors aucune voix pour protester contre ce qu'on aurait pu considérer comme une usurpation des États sur les droits de l'Empire. De nos jours, au contraire, les jurisconsultes prussiens, qui voudraient pouvoir saisir à travers l'histoire la trace de cette tendance de l'Allemagne vers l'unité, tendance toute moderne, qu'ils ont si habilement exploitée dans l'intérêt de leur nation, portent un jugement sévère sur cet abandon du droit national, qu'ils regardent presque comme une trahison. « Les criminalistes du xvi^e siècle et la plupart de ceux du xvii^e, dit M. Berner (2), n'étaient pas à la hauteur de leur mission. Ils n'avaient ni vues d'ensemble, ni connaissances juridiques, ni notions de l'histoire du droit. Ils n'avaient pas le sens de la nationalité, et ils laissaient périr les germes du droit germanique susceptibles de développement. Ils professaient au contraire une admiration stupide (*stumpf sinnigen*) pour les criminalistes italiens et pour le droit romain qui leur en imposait par son extérieur scientifique et par une certaine teinture de littérature classique. Ils l'auraient même substitué au droit national, si la Caroline n'en eût déjà consacré l'existence. »

Ces plaintes sont exagérées, et ces reproches injustes. N'est-ce pas, en effet, la Caroline qui, par son insuffisance et par ses renvois au droit romain, avait provoqué ces recherches et qui les avait rendues nécessaires? Les criminalistes allemands, qui en abordaient l'étude, trouvaient en lui, en face de la grossièreté du droit germanique, un droit produit

accomodata. — La deuxième sous celui de : *Questionum juris controversarum*, et in usu practico præsertim camera quotidie occurrentium resolutiones et decisiones. — La troisième portait le même titre que la première.

(1) Comp. Eschbach, *Introduction à l'étude du droit*, p. 315.

(2) *Lerhrbuch des Deutschen Strafrechtes*, S. 66.

d'une civilisation bien plus avancée que n'était alors celle de l'Allemagne, et ils en subissaient l'influence. Les travaux des jurisconsultes saxons prouvent au contraire que quand une législation nationale a vu le jour, il n'a point manqué de bons esprits pour la développer et lui faire produire toutes ses conséquences, et si aucune voix ne s'est élevée alors en faveur de la législation pénale de l'Empire, c'est quelle ne paraissait plus utile, parce quelle ne répondait plus aux besoins et aux aspirations de ce temps.

Le xviii^e siècle nous en donne une preuve nouvelle. Ce siècle, en effet, est en matière pénale une protestation et une réaction contre les doctrines et la pratique des siècles précédents. Les criminalistes allemands cherchent autant à s'affranchir des règles du droit romain que leurs prédécesseurs s'étaient enchaînés à les suivre. A la doctrine qu'en cas de contrariété entre le droit romain et le droit national, le droit romain doit être préféré, on oppose la doctrine contraire. On cherche à démontrer que les principes du droit romain ne peuvent trouver en Allemagne qu'une application très restreinte ; que la Caroline et les différents droits locaux sont les seules sources du droit pénal allemand, et l'on conteste absolument au droit romain l'influence qu'il a réellement exercée sur lui.

L'autorité du droit canonique, cette autre source du droit pénal allemand, est non moins vivement attaquée au nom de la liberté de conscience par les professeurs des Universités protestantes de Leipsig, Halle et Wittemberg, les plus importantes de l'Allemagne, et celles qui propageaient le plus activement la science du droit.

La doctrine et la pratique étaient restées jusque-là intimement liées l'une à l'autre ; tous les efforts des criminalistes de cette époque tendent à les séparer ; et on est unanimement d'accord pour reconnaître la nécessité de modifier complètement les bases sur lesquelles la législation pénale avait jusque-là reposé. Montesquieu, Beccaria, Voltaire et Filangieri vinrent montrer la voie que l'on cherchait et on s'y engagea à leur suite. L'élan était général. En 1777, la Société économique de Berne lui donna encore une impulsion nouvelle en proposant un prix, auquel Voltaire ajouta cinquante louis d'or, pour l'auteur du meilleur traité sur la réforme de la législation pénale, et dans cette lutte, à laquelle toute l'Europe était conviée, ce furent deux jurisconsultes saxons, Globig et Huster, qui triomphèrent avec leur traité de législation criminelle. En même temps avaient paru en Allemagne plusieurs autres ouvrages consacrés au même sujet, qui, pour n'avoir pas été couronnés, n'en étaient pas moins dignes d'éloge ; de telle sorte que nous nous trouvons en présence d'un ensemble considérable de travaux qui renferment nécessairement la véritable expression des aspirations de ce temps. Qu'est-ce

qu'on y demandait? L'abandon complet des sources auxquelles le droit pénal de l'Empire avait été puisé; une réforme complète du système pénal en vigueur; l'organisation d'un pouvoir de police assez fort pour prévenir les violations de la loi. On y trouvait énumérées en même temps les qualités essentielles que devait réunir, suivant l'esprit de ce temps, toute bonne législation pénale; on voulait qu'elle fût rédigée en allemand, claire, complète, prévoyant tous les cas, soustraite à l'influence du droit coutumier, de la pratique, de la science, ainsi qu'à l'arbitraire du juge, qui ne devait plus avoir désormais qu'à faire de la loi une application mécanique, sans pouvoir l'interpréter. Mais nul n'entendait remettre à l'Empire la réalisation de cette réforme, et l'Empire, d'ailleurs, ne réclamait pas ce droit. Ce furent les différents États de l'Allemagne qui l'entreprirent pour leur compte et qui la réalisèrent, non point sur un plan uniforme, mais avec cette diversité qui distinguait si profondément les unes des autres leurs législations, et qui reproduisait si fidèlement la dissemblance de mœurs, d'habitudes, d'aptitudes, de génie, d'origine même de leurs habitants (1).

De toute part alors surgirent en effet de nouvelles lois pénales, qui vinrent, soit par voie de conséquence, soit expressément, enlever toute autorité au droit pénal de l'Empire, et on vit paraître, pour la première fois, les législations dites « exclusives », parce qu'elles ne lui laissaient même pas la force d'un droit subsidiaire. Tel le Code criminel de Bavière de 1751, qui recommandait aux juges de ne jamais avoir recours à la Caroline, et de trancher plutôt par analogie ou par des raisons tirées de l'équité naturelle les cas qu'il n'aurait pas prévus. Tel fut aussi le caractère des deux lois pénales que l'Autriche publia à cette époque dans un court espace de temps. L'une, en 1751, sous le règne et sous l'inspiration de Marie-Thérèse, la *Constitutio criminalis Theresiana*, dont Berner salue l'apparition par cette exclamation douloureuse: « Ainsi, le sentiment de l'unité nationale avait à ce point disparu en Allemagne, que l'Empereur lui-même, l'un des premiers, abroge la législation de l'Empire (2). L'autre, en 1768, la *Joséphine*, dans laquelle l'Empereur Joseph II avait fait passer les idées philosophiques et libérales dont il était animé, et qui consacrait notamment l'abolition de la peine de mort.

Quelques années plus tard, en 1794, la Prusse publiait son *Allgemeines Landrecht*, qui, tout en respectant les droits locaux et en n'ayant à leur égard que le caractère d'un droit subsidiaire, enlevait cependant aussi au droit pénal de l'Empire toute son autorité (3).

(1) Comp. de Quatrefages, *la Race prussienne*.

(2) Berner, *Lehrbuch der deutschen Strafrechtes*, S. 15.

(3) Hälschner, *Geschichte des Brandenburgisch-Preussischen Strafrechtes*, S. 206.

Bientôt il n'y eut si petit État qui ne voulût avoir sa législation particulière. Notre siècle vit éclore ou se transformer les lois pénales de l'Autriche, de la Bavière, de la Saxe, du Wurtemberg, du Hanovre, du grand-duché de Hesse, des États de Thuringe, d'Altenbourg, de Hambourg, et il n'y avait plus, en 1850, que les deux Mecklembourgs, le Luxembourg, Brême et la principauté de Schaumbourg-Lippe, qui eussent conservé le vieux droit de l'Empire (1). En fait, on peut dire qu'il avait cessé d'exister.

Ce serait une erreur de croire que ce mouvement particulariste, qui s'est développé avec tant de force dans la première moitié du XIX^e siècle, n'a été que la conséquence de l'état politique de ce temps, qui avait vu tomber ce même Empire germanique à la résurrection duquel nous assistons aujourd'hui, que tous ces États ont simplement voulu remplacer alors par des institutions nouvelles, tirées de leur propre sein, celles qu'ils tenaient autrefois de l'Empire qui venait de disparaître, et que, par un sentiment naturel, ils se sont empressés de faire à l'Empire reconstitué le sacrifice de ces mêmes institutions qu'ils avaient créées.

Quelque séduisante que cette théorie puisse paraître, elle n'est pas cependant l'expression de la réalité; car lorsque l'Empire germanique a succombé sous les armes de la France, il y avait déjà longtemps que sa législation était atteinte dans son principe, et qu'en fait, sinon en droit, elle avait cessé d'exister. « Depuis le milieu du XVIII^e siècle, dit M. Hälschner (2), par l'effet des législations pénales de la Bavière, de l'Autriche, de Bamberg et de la Prusse, non-seulement la plus grande partie de l'Empire germanique fut soustraite à l'autorité du droit général, mais encore, comme personne ne contestait la légitimité de cette scission, ce droit fut considéré comme ayant cessé d'exister, en ce sens, qu'il n'avait plus que le caractère d'un droit pénal, commun à plusieurs territoires, dont l'existence était précaire, et dépendait du bon plaisir des législateurs de ces pays. La dissolution de l'Empire ne fit donc que ratifier, par rapport au droit pénal, ce qui en réalité existait depuis longtemps déjà. »

Les causes de ce mouvement sont, en effet, plus lointaines, plus profondes, et elles se rattachent plus intimement à l'histoire du droit. Jusqu'au XVI^e siècle, l'Allemagne n'a pas eu de droit uniforme, et

(1) Voici les dates de ces différentes législations : Autriche, 3 septembre 1803 et 27 mars 1852; aujourd'hui en vigueur. — Bavière, 16 mai 1813 et 12 novembre 1851. — Saxe, 30 mars 1838 et 14 août 1855. — Wurtemberg, 1^{er} mars 1839. — Brunswick, 10 juillet 1840. — Hanovre, 1^{er} novembre 1840. — Hesse, 17 septembre 1841. — États de Thuringe, 20 avril 1850. — Altenbourg, 30 avril 1869.

(2) *Geschichte des Brandenburgische-Preussischen Strafrechtes*, S. 256.

chaque État a été régi par des règles qui lui étaient propres, ou qu'il avait adoptées librement. La Caroline a bien établi à partir de cette époque une règle unique, mais elle-même était issue d'une législation particulière; elle n'a jamais eu que la force d'un droit subsidiaire; et, si on ne peut pas contester sa légitime influence et les services qu'elle a rendus à la cause du droit pénal en apportant la clarté et la précision dans une époque où tout était encore incertitude et confusion, il ne faut pas oublier non plus qu'alors que tout changeait, cette ordonnance qui constituait le droit pénal de l'Empire est restée immobile, et qu'il n'a rien été fait pour la mettre en harmonie avec les progrès de la science et de la civilisation. Sans doute, les législations particulières, qui ont accompli cette tâche à son défaut, ont subi son influence; mais elles l'ont subie comme une législation nouvelle subit nécessairement l'influence des législations qui l'ont précédée et de tous les éléments généraux du droit. Tous les progrès qui ont été réalisés, même la législation pénale de l'Empire, ont donc été l'œuvre des législations particulières, et le particularisme a été véritablement jusqu'à la seconde moitié du XIX^e siècle la forme du développement du droit pénal allemand. Quant à la législation de l'Empire, qui n'a été pour ainsi dire qu'un accident dans l'histoire de ce droit, elle devait naturellement disparaître avec les causes qui lui avaient donné naissance.

II

La Prusse ne semblait destinée ni par sa situation géographique, ni par son importance territoriale, ni par ses origines, à donner un jour des lois à l'Allemagne, et pendant longtemps elle emprunta celles des autres États qui, comme la Saxe notamment, l'avaient précédée dans la voie de la civilisation.

A la Marche de Brandebourg, créée au X^e siècle pour opposer une digue aux incursions des Hongrois sur le sol germanique, étaient venues successivement se joindre, par conquête ou autrement, diverses autres provinces, dont la réunion forma, en 1701, la monarchie prussienne. Chacune avait son droit et ses institutions; et cette diversité d'origine amenait naturellement, comme conséquence, la diversité de législation.

Dans la Marche elle-même, le berceau de la monarchie, la législation n'était pas uniforme. La ville de Salzwedel avait emprunté son droit à la ville de Lubeck, et elle l'avait communiqué ensuite à Linzen et à Mustrow; il était consigné dans un livre particulier, le livre des droits de la ville (*Stadtrechtbuch*). La ville de Pritzwalk avait adopté, en 1256,

le droit de Seehausens dans lequel se faisait sentir l'influence du droit flamand. Les autres villes suivaient, en général, le droit de Magdebourg ; mais entre elles encore il existait certaines diversités, sinon de principe, au moins de détail, qui tenaient à ce que les unes l'avaient puisé à la source même, tandis que les autres l'avaient reçu d'une autre ville où il était déjà en vigueur. Cette communication du droit de ville à ville n'était pas sans influence sur l'importance des juridictions et sur leur étendue, car il était admis que les tribunaux des villes qui avaient donné leur droit à d'autres villes, jouaient à l'égard de ces dernières le rôle de tribunaux supérieurs. C'était un nouveau degré de juridiction qui venait se joindre à celles dont la compétence était déterminée par la qualité de la personne ou par la nature de l'affaire. La diversité de législation pénale se compliquait ainsi de la diversité de juridiction.

Berlin, la capitale du Brandebourg, suivait les principes du droit saxon, et en particulier du Miroir, « le livre de la ville de Berlin » dans lequel les échevins avaient consigné, à la fin du xiv^e siècle (1397), les règles du droit civil, du droit pénal, et de la procédure alors en vigueur, n'était autre chose qu'un commentaire de ce recueil, que souvent même il reproduisait textuellement, et qui renfermait à peine quelques particularités propres au droit de Brandebourg. Les mêmes caractères se rencontrent dans un recueil de 135 décisions criminelles, rendues de 1380 à 1448, ajoutées à ce livre sous forme d'appendice, qui toutes sont basées sur le droit saxon, et qui attestent l'influence que, durant toute cette période, ce droit exerça sur la Marche (1).

A côté du droit de la Marche et des droits qui se confondirent avec lui, il convient de citer immédiatement une autre source importante du droit pénal prussien, le droit du duché de Prusse. Ce duché, possession de l'ordre teutonique, avait d'abord subi, à partir du xiii^e siècle, comme la plupart des États de l'Allemagne, l'influence du droit de la Saxe et du droit de Magdebourg. Le droit romain et le droit canonique y avaient été introduits ensuite par les jurisconsultes que l'Ordre dirigeant avait fait venir d'Allemagne et d'Italie, pour enseigner le droit à Marienbourg et à Colm, d'après les préceptes de l'École de Bologne. La Caroline, qui avait étendu au xvi^e siècle son autorité

(1) Le livre de la ville de Berlin (*Berliner Stadtbuch*) était divisé en quatre parties, les deux premières consacrées à l'énumération des revenus de la ville, des prestations, des privilèges seigneuriaux et des statuts locaux, la troisième au droit appliqué par les échevins, la quatrième aux décisions judiciaires (Hälschner, *Geschichte der Brandenburgisch-Preussischen Strafrechtes*, S. 55).

sur toute l'Allemagne, n'y avait pas reçu force de loi, et en 1620 on y avait publié un Code, le *Preussisches Landrecht*, dont les dispositions avaient été en partie empruntées à la pratique criminelle de Damhoderius. Ainsi, grâce au développement que la science du droit y avait reçu, ce duché se trouvait en possession, avant la Marche, d'une législation pénale particulière. Après son incorporation à cette province en 1618, les deux législations demeurèrent distinctes, et elles se développèrent parallèlement.

Les réformes qui furent entreprises à la fin du xv^e siècle dans le droit de la Marche, furent surtout inspirées par des vues politiques. L'Électorat de Brandebourg avait passé, au commencement de ce siècle (1415), aux mains des Hohenzollern qui l'avaient acquis de l'Empereur Sigismond au prix de 400,000 florins d'or. Ces nouveaux possesseurs cherchèrent le moyen d'affermir à l'intérieur leur autorité, et d'affirmer à l'extérieur leur indépendance. Le droit romain le leur offrit : en l'introduisant dans leurs États, ils affaiblissaient l'influence prépondérante que le droit saxon y avait prise, et en même temps ils entraient en possession vis-à-vis de leurs sujets de l'autorité et du prestige qu'il avait attachés à la personne des Césars. Tous leurs efforts tendirent donc à le propager, à le répandre, et de même qu'aujourd'hui, il est de mode en Allemagne et surtout en Prusse de célébrer le triomphe du droit de l'Empire sur les droits particuliers, il se trouvait alors dans la Marche des poètes qui exaltaient le triomphe du droit romain, et qui qualifiaient le droit allemand de droit barbare, ainsi que l'atteste ce dystique adressé à l'Électeur Joachim :

« *Marchia Cæsareis te legibus auspice gaudens*
« *Sustulit e patrio barbara jura foro.* »

Ce n'était pas, à la vérité, qu'on entendit donner au droit romain force de loi absolue, exclusive, mais on le prenait comme règle générale, comme expression de l'équité naturelle, et le droit saxon et la coutume, sans être expressément abrogés, ne devaient cependant être suivis désormais que lorsqu'ils ne le contrediraient pas.

Pour assurer ce résultat, on sentit qu'il était indispensable d'introduire dans la Marche une pratique judiciaire uniforme, de l'affranchir de l'influence étrangère, et d'abroger notamment l'usage suivi par les échevins des villes qui avaient emprunté leur droit à une autre ville, de recourir avant jugement aux magistrats de cette dernière, pour demander le droit à appliquer dans les cas imprévus. Tel fut le but d'une ordonnance rendue en 1504, qui investit le tribunal des échevins de Brandebourg d'une autorité supérieure, et qui interdit à tous les tri-

bunaux de la Marche d'aller puiser près d'autres tribunaux leurs informations.

Une mesure analogue fut la création en 1506 de l'Université de Francfort, qui eut d'abord spécialement pour mission d'enseigner le droit romain et de former des jurisconsultes capables de le comprendre et de l'appliquer, et à qui l'on transporta ensuite le privilège de dire le droit aux tribunaux.

Mais l'acte qui fut le plus fertile en conséquences, et qui servit le plus efficacement les vues des électeurs, fut la création en 1516 d'une chambre de justice, en opposition en quelque sorte avec la chambre de justice de l'Empire, constituée précisément sur le même modèle, et investie dans la Marche des mêmes attributions et de la même autorité ; à la fois juridiction de second degré et juridiction souveraine, dont les décisions ne relevaient pas de la chambre de justice de l'Empire, et que le souverain seul avait le droit de réformer par voie gracieuse ; enfin autorité supérieure investie d'un droit exclusif de surveillance sur l'administration de la justice dans la Marche.

Ce n'étaient là que les préliminaires d'une réforme qui devait s'étendre à la législation, comprendre à la fois le droit civil, la procédure, le droit pénal, et substituer une loi unique aux lois si diverses qui régissaient le pays.

C'est toujours une entreprise difficile que de créer de toutes pièces une législation. La législation d'un peuple est l'œuvre du temps bien plus que l'œuvre des hommes. C'est le temps qui en fait naître et qui en développe les germes dont le législateur s'empare et qu'il revêt de la forme juridique. Elle suppose un état politique et social assez développé, une culture intellectuelle déjà avancée, un passé, une histoire, des traditions. Or toutes ces choses, au xvi^e siècle, manquaient encore à la Marche, État de création récente, installé sur un territoire en partie conquis, et qui avait vécu jusque-là moins de sa vie propre que de la vie des États voisins plus avancés que lui sous le rapport du développement intellectuel. Il en résulta que lorsqu'on voulut faire une législation vraiment nationale, consacrant uniquement les particularités du droit de Brandebourg, on se trouva en présence du néant, et que lorsqu'on voulut élargir ce cadre, on ne put qu'emprunter des règles en vigueur dans le reste de l'Allemagne, des principes déjà consacrés par l'usage, et introduits par la pratique dans la Marche elle-même, auxquelles on ne pouvait même pas donner une forme nouvelle, faire une législation enfin qui n'était que la copie de celles qui existaient déjà ailleurs. Si à cela on ajoute que le pays, resté étranger aux vues politiques qui dirigeaient ses gouvernants, n'apercevait pas l'utilité de cette réforme, qu'il n'en sentait pas non plus la nécessité et

qu'il ne la favorisait pas, on aura une idée des difficultés nombreuses que rencontra cette entreprise et des obstacles contre lesquels vinrent se briser pendant des siècles tous les efforts qui furent faits pour la mener à fin.

Rien ne peut mieux servir à montrer combien le droit pénal de la Marche était encore en enfance au xvi^e siècle que la tentative qui fut faite à cette époque pour créer cette législation. Après plusieurs essais, on termina en 1594 une ordonnance qui résumait en elle le résultat des travaux faits précédemment. Elle était divisée en cinq parties, qui comprenaient tout l'ensemble du droit. La quatrième et deux titres de la cinquième étaient consacrés au droit pénal et à la procédure criminelle. On s'y était attaché naturellement, d'après les vues qui l'avaient inspirée, à y reproduire le droit de la Marche avec tous les développements susceptibles de le mettre en évidence, et cependant la place qu'il y occupait était si petite, à côté des nombreux emprunts faits au droit de la Saxe et à la Caroline, dont elle reproduisait non-seulement l'esprit, mais aussi le texte, que dépourvue de tout caractère d'originalité et d'utilité pratique, elle ne fut même pas publiée. « En l'absence de toute source précise d'information, dit l'auteur d'une histoire du droit pénal prussien auquel nous avons beaucoup emprunté, il est difficile de déterminer les motifs qui ont empêché la publication de ces projets de loi. Toutefois, en ce qui concerne le droit pénal, on peut conjecturer avec assurance (*Sehr nahe*) qu'après tout ce que la doctrine et la législation avaient réalisé en cette matière dans la Saxe, qui, par sa situation politique en Allemagne et par l'influence qu'exerçaient ses savantes Universités, était le représentant naturel et le plus autorisé des pays qui suivaient le droit saxon, la nécessité d'une nouvelle législation propre à la Marche ne se faisait pas sentir. Ce qui change cette supposition en certitude, c'est que tant d'efforts, tant d'actes même des Électeurs et des États pour arriver à constituer cette législation, n'aboutirent en définitive qu'à une répétition de la Caroline et des Constitutions saxonnes (1). »

Une deuxième tentative renouvelée en 1663 par l'électeur Frédéric-Guillaume fut plus infructueuse encore. La commission qu'il avait instituée rédigea seulement un projet d'ordonnance de procédure criminelle qui ne passa à l'état de loi ni sous ce prince ni sous son successeur, et cette commission changeant bientôt avec son titre le but de son institution, s'occupa uniquement par la suite, sous le nom de « Criminal collegium », à donner son avis sur les affaires criminelles qui lui étaient soumises.

(1) Hälschner, *Geschichte der Brandenburgisch-Preussischen Strafrechtes*, S. 125.

Pendant que le peu d'importance du droit criminel de la Marche se trahissait par ces échecs successifs, l'influence du droit saxon s'y maintenait plus prépondérante que jamais. On la rencontre dans les plus importants des actes législatifs du xvii^e siècle, notamment dans un édit rendu pour la répression des vols domestiques, dans une ordonnance sur le duel, et surtout dans une ordonnance rendue en 1653, qui consacrait implicitement dans la Marche une nouveauté qui avait été introduite dans le droit saxon.

On se rappelle que le Miroir de Saxe distinguait deux classes seulement d'actions punissables, dont chacune était soumise à une procédure particulière et déférée aussi à des tribunaux différents. La Marche, comme tous les pays sur lesquels le droit saxon avait exercé son influence, avait adopté cette division; et c'était elle encore qui était la base des lois criminelles qui y avaient été préparées à la fin du siècle précédent. Mais au xvii^e siècle, les jurisconsultes saxons, et en particulier Carpzow, avaient emprunté à Julius Clarus et aux autres criminalistes italiens la division de ces mêmes actions en trois classes : *crimen atrocissimum, atrox et leve*. Sous leur influence, cette division tripartite avec toutes les conséquences qu'elle entraînait relativement à la procédure, à la répression, au droit de grâce, s'était substituée à la division en deux classes qu'on retrouvait dans tous les droits allemands, et cette nouvelle division s'était aussi introduite dans la Marche.

Ce n'est pas seulement dans la législation, c'est encore dans la pratique que la trace de cette influence étrangère se faisait sentir; et bien qu'il ait été interdit aux tribunaux de la Marche d'avoir recours à des tribunaux étrangers, cependant ils continuèrent à demander la solution des difficultés qui leur étaient soumises au tribunal des échevins de Leipsig, et chose digne de remarque, ce ne furent pas les tribunaux de Brandebourg et de Berlin qui y eurent, ainsi que le prouvent les écrits de Carpzow, le moins souvent recours (1).

A peine monté sur le trône, le roi Frédéric-Guillaume reprit l'œuvre de réforme que ses prédécesseurs avaient tentée si inutilement jusque-là. Il voulait l'étendre à la fois au droit de la Marche et au droit du duché de Prusse, dont la monarchie avait pris le nom, et il en confia l'exécution au « criminal Collegium » institué par l'un de ses prédécesseurs, dont il utilisait ainsi les connaissances et les précédents travaux. Pour lui assurer une base pratique, il demanda aux administrateurs des différentes provinces, et à toutes les corporations de réunir tous les cas douteux et de les transmettre, en y joignant les raisons de douter et de décider. Lui-même indiqua dans une ordonnance adressée au « criminal Col-

(1) Hälschner, *loc. cit.*, S. 132.

legium » et aux tribunaux supérieurs le plan à suivre, et le but qu'il se proposait. « Pour remédier aux dangers de l'arbitraire, nous avons résolu, disait-il, de préciser autant que possible les peines, et de déterminer les principes de la pénalité. Nous vous enjoignons donc de vous mettre à l'œuvre sans retard, de prendre pour base l'ordonnance de justice criminelle, de l'examiner article par article, d'éclaircir ceux qui sont obscurs, de changer celles des peines qui, conformes au dogme catholique, sont contraires aux principes admis par la religion réformée ; de déterminer autant que possible, d'après les règles du droit et de l'équité, toutes celles qui ont été abandonnées jusque-là à l'arbitraire du juge, et de vous inspirer avant tout des lois et des constitutions en vigueur dans le pays. »

La commission se mit immédiatement à l'œuvre ; elle publia en 1747 une première ordonnance consacrée uniquement à la procédure criminelle, et qui était annoncée comme la première partie d'un Code dont le droit pénal devait former la deuxième. Cette ordonnance fut d'abord rendue exécutoire dans la Marche, elle fut étendue ensuite aux autres provinces de la monarchie, à l'exception de la Silésie et du duché de Prusse, régis, la première par la Joséphine, et le deuxième par le Preussisches Landrecht.

Mais si cette ordonnance ne reçut pas expressément force de loi dans le duché de Prusse, ses principes au moins y furent introduits pour servir de base à la réforme des lois de procédure criminelle qui y étaient en vigueur, et les quatre premiers titres du sixième livre du *Verbessertes Landrecht* de 1721 qui sont relatifs à cette matière reproduisent, et souvent même textuellement, ses dispositions. En fait, si l'on en excepte la Silésie, le droit formel, par suite de cette réforme, était devenu le même pour toutes les provinces de la monarchie prussienne. Les seules différences qui existaient encore entre le droit de la Prusse et celui des autres provinces, tenaient à la différence d'organisation judiciaire, à ce que la procédure d'accusation n'avait pas encore été complètement remplacée en Prusse par la procédure inquisitoriale, et surtout enfin à ce que, comme nous l'avons vu, la Caroline n'y avait reçu aucune autorité, pas même celle de droit subsidiaire.

La réforme du droit pénal, qui fut entreprise immédiatement après la réforme de la procédure, n'aboutit pas à un égal succès. Terminée promptement dans le duché de Prusse, elle ne le fut jamais dans les autres provinces de la monarchie, quelque efforts d'ailleurs que le roi ait faits dans ce but. C'est que dans la Prusse, l'état du droit était bien différent de celui qui régnait dans les autres provinces. La Prusse, comme nous l'avons dit, possédait un corps de droit pénal, le Preussisches Landrecht de 1620, révisé déjà en 1682, qui servit naturelle-

ment de base au travail de la commission et qui le lui rendit facile, puisqu'elle n'eut pas à faire une législation nouvelle, mais seulement à reviser celle qui existait déjà. Dans la Marche et les autres provinces, au contraire, il n'existait pas de corps de droit pénal, tout était à créer, et on se trouvait aux prises avec les mêmes difficultés qui avaient déjà arrêté dans son germe la réforme projetée. Pas plus qu'autrefois, on ne put en triompher.

Tout ce que produisit ce nouvel essai de réforme fut en définitive : pour la Prusse, une révision du Preussisches Landrecht, publié en 1721 sous le titre de « *Verbessertes Landrecht des Königreichs Preussen.* » Ce nouveau Code était divisé en six livres, dont les cinq premiers, consacrés au droit et à la procédure civils, n'étaient guère qu'une reproduction de l'ancien Landrecht; le sixième livre, consacré à la procédure criminelle (titres I, IV) et au droit pénal (titres V, XII), avait seul éprouvé d'importantes modifications; et pour les autres États de la monarchie, l'ordonnance de 1717, relative uniquement à la procédure criminelle, et un projet de Code pénal publié en 1731, qui ne fut jamais terminé.

La valeur pratique de cette réforme, matériellement incomplète, ne répondait ni aux efforts qu'elle avait exigés, ni aux intentions du roi. En plein xviii^e siècle, elle reproduisait les principes de la législation du xvi^e et du xvii^e, et elle ne réalisait aucun progrès. L'ordonnance de 1717 ne s'était pas attachée, comme on aurait pu le croire, à exposer de préférence les règles d'une procédure spéciale à la Marche appropriée à son état politique et social et à ses besoins. Elle n'innovait rien, ne créait rien; elle prenait le droit commun pour base, et son unique mérite consistait à présenter la solution pratique des nombreuses controverses qui motivaient les disputes des jurisconsultes de ce temps. Encore la plupart de ses décisions étaient-elles empruntées au *Tractatus juridicus de inquisitionis processu*, de Brunnemann, un des plus célèbres jurisconsultes de la Faculté de Francfort.

Le *Verbessertes Landrecht* présentait les mêmes caractères. Les règles de la procédure qu'on y avait introduites n'étaient autres en effet que celles de l'ordonnance de 1717, et quant à la partie pénale, il se composait de nombreux emprunts faits à la Caroline, il reproduisait presque en entier, et souvent même textuellement la quatrième partie des Constitutions saxonnes; mais c'était surtout à la « Pratique » de Carpzow qu'il avait fait les emprunts les plus importants. Il en reproduisait un grand nombre de questions, choisies d'ailleurs avec soin, et dégagées de tous leurs développements scientifiques, et il n'était pas nécessaire de le comparer dans le détail avec la « Pratique »; il suffisait de rapprocher l'un de ses articles pris au hasard de la question, traitant le même

sujet, pour se convaincre de l'accord complet et souvent littéral qui existait entre eux (1).

Si Frédéric-Guillaume n'avait pas pu dégager le droit pénal de la monarchie prussienne de l'influence exercée sur lui depuis tant d'années par les droits étrangers, il avait réussi cependant à lui imprimer dans quelques-unes de ses parties un caractère particulier. C'était d'abord, en ce qui concernait les crimes et délits politiques, matière dans laquelle, autant par la multiplicité des incriminations que par la sévérité des peines, ce Code s'écartait entièrement des sources auxquelles il avait été puisé. C'était ensuite dans le développement donné aux dispositions de police, et dans la tendance qu'on y manifestait à prévenir au moyen de règlements ou d'ordonnances la violation du droit et la perpétration des délits. Ce sont là les traits distinctifs et vraiment caractéristiques de cette œuvre, et ceux dont ce droit a conservé l'empreinte au milieu des profonds changements qu'il devait subir.

L'œuvre la plus utile de ce prince fut sans contredit la réforme de l'administration de la justice dans ses États. L'autorité des tribunaux avait été fort amoindrie par suite des empiétements des pouvoirs administratifs, surtout du cabinet du roi qui s'attribuait par voie d'évocation la connaissance de certaines affaires pour les motifs les plus divers. Il s'appliqua à réformer ces abus, à assurer le fonctionnement strict et régulier de la loi, et à la défendre contre toute influence étrangère et dissolvante. Il rendit aux corps judiciaires leur indépendance, en les protégeant contre les empiétements des autres autorités, et même contre les entreprises de son cabinet. Il interdit de solliciter du roi son immixtion dans les affaires judiciaires, et il prononça des peines contre les solliciteurs. Il s'attacha en même temps à réprimer l'arbitraire, à accélérer l'instruction et la décision des procès, à préciser les règles de la procédure, et s'il ne put pas mener à bonne fin la réforme de la législation qu'il avait entreprise, au moins est-il vrai de dire qu'il prépara efficacement, par ces sages mesures, celles que son successeur devait enfin réaliser.

Frédéric le Grand fut en effet le véritable fondateur du droit pénal prussien. Il rejeta résolument tous les principes du droit ancien qui avaient servi de base aux essais de réforme tentés par ses prédécesseurs ; il leur substitua les principes de la philosophie du xviii^e siècle dont il était l'un des plus éminents représentants ; il s'appliqua en même temps à dégager le droit de la monarchie du droit de l'Empire, et après une première tentative infructueuse, il dota son pays,

(1) Hälschner, *loc. cit.*, S. 146-151.

dans les dernières années de son règne, du premier corps de droit national qui y ait été en vigueur.

Avant d'entreprendre cette œuvre, il voulut assurer au moyen de lois particulières la régularité de l'administration de la justice dans ses États. Son premier acte fut un acte de justice et d'humanité. Par un ordre du cabinet du 3 juillet 1740, il abolit l'usage de la torture. Cet acte servait en même temps ses vues d'indépendance, car pour tout ce qui concernait le droit formel, il affranchissait ses États de l'influence de la Caroline qui non-seulement autorisait suivant les cas ce mode barbare d'instruction, mais qui encore avait fondé sur lui tout son système de preuve. Il prescrivit ensuite de rechercher toutes les règles de droit en usage dans chaque province, et de les reproduire, sans chercher toutefois à les unifier, dans des lois spéciales avec toutes les améliorations dont elles paraîtraient susceptibles. Cette réforme, commencée par la Poméranie, fut continuée par la Marche, et elle produisit deux projets à peu près identiques, le « *Project des corporis Fridericiani-Pomeranici* » et le « *Project des corporis Fridericiani Marchici*, » qui devaient être soumis à l'approbation des députés des États. Ces réformes n'étaient pas encore terminées lorsqu'il chargea son ministre de la justice Cocceius de rédiger en allemand un Code national, embrassant la généralité du droit, et basé uniquement sur la raison (*Vernunft*) et sur la Constitution du pays (1).

Si la réforme tentée sous le règne de Frédéric-Guillaume, dont Cocceius avait aussi été le ministre, avait échoué parce qu'on n'avait pas su s'affranchir de l'esprit du droit pénal du xvi^e et du xvii^e siècle, et parce qu'en reproduisant servilement les lois d'un autre âge, on avait fait une législation qui ne répondait plus aux besoins du temps; cette première tentative de Frédéric le Grand devait échouer parce que tombant dans l'excès contraire, on s'était attaché trop servilement à y reproduire les principes, et à y satisfaire à toutes les demandes de la philosophie nouvelle. Après être resté engagé pendant trop longtemps dans les liens du passé, on se jetait avec trop d'ardeur, et sans prendre en considération les nécessités pratiques à la poursuite d'un idéal, séduisant, il est vrai, mais dont la réalisation était impossible, et qui eût été d'ailleurs impraticable s'il eût pu être réalisé. On trahissait ainsi une profonde méconnaissance des droits du législateur et des devoirs qui lui sont imposés envers la société. Ces devoirs ne consistent pas à convertir aveuglément en articles de loi positive toutes les conceptions de la spéculation. La spéculation plane dans de hautes régions, elle voit de loin l'humanité, elle aspire au bien immuable, à

(1) Ordonnance du 31 décembre 1746.

la beauté éternelle, à la perfection, et elle indique ses aspirations et ses tendances sans tenir compte des nécessités pratiques, tristes conséquences de l'imperfection de la nature humaine. Le législateur, au contraire, doit précisément tenir compte de toutes ces nécessités. Ses lois ne sont point destinées à l'ensemble de l'humanité, mais elles sont spéciales à un peuple, et c'est pour lui qu'elles doivent être faites. Elles doivent lui être propres suivant l'expression de Montesquieu (1), c'est-à-dire appropriées à son état social, moral, politique, et au génie particulier de ses habitants. Elles ne sont pas immuables, et elles doivent se transformer et se modifier, au contraire, à mesure que cet état se transforme et se modifie sous l'action de la marche du temps et de la civilisation. Il doit donc choisir, parmi les demandes que la spéculation formule, celles qui conviennent à son peuple, celles dont la réalisation pratique sera à la fois possible et avantageuse, et sa mission, ainsi entendue, pour être moins vaste que celle du philosophe ou du moraliste n'en est ni moins utile ni moins belle.

La philosophie du xviii^e siècle profondément frappée des imperfections et des vices de la législation pénale, possédée du noble désir de remédier au mal et d'en prévenir en même temps le retour, après avoir posé les grands principes qui sont la base de notre droit moderne, s'était laissée entraîner à formuler une série de demandes dont la conversion en lois positives était matériellement impossible. Autant ses demandes étaient légitimes quand elle voulait dans la législation pénale la netteté, la clarté, la précision, des peines non plus arbitraires, mais proportionnées à la gravité de la faute, et basées sur une connaissance exacte du but que la société doit se proposer quand elle punit, l'accélération des procédures, l'amélioration des moyens d'instruction et de preuve, et l'abolition de la torture; autant elles l'étaient peu lorsque, pour remédier aux maux qu'avait entraînés dans la pratique l'arbitraire du juge, et à l'incertitude qu'avaient jetée dans les esprits les controverses souvent passionnées des jurisconsultes, elle prétendait interdire absolument à la science l'examen et la discussion du texte de la loi, réduire à une fonction purement mécanique le rôle du juge, en lui défendant de tenir compte dans l'application de la peine des différentes modalités affectant la nature ou la criminalité du fait punissable que le législateur n'aurait pas à l'avance prévues et inscrites dans la loi.

Ce fut cependant à toutes ces demandes que Cocceius entreprit de satisfaire indistinctement; et quelque étranges que puissent nous pa-

(1) « Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très-grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. » (*Esprit des lois*, liv. I^{er}, ch. 3.)

raître aujourd'hui ses idées et les moyens qu'il mit en œuvre pour les réaliser, nous ne devons pas oublier, toutefois, que ses vues à cet égard étaient conformes à celles qui dominaient en général de son temps. Il ne bornait pas d'ailleurs son ambition à faire un Code pénal purement prussien ; mais il voulait faire un Code universel, « *Universal systema*, » que suivraient tous les États qui prendraient la raison naturelle pour base de leurs lois. Ce Code était destiné, dans sa pensée, à prendre dans la société issue du mouvement social et philosophique du XVIII^e siècle, l'influence que le droit de Justinien avait exercée sur l'époque antérieure, et il lui avait donné en conséquence le titre de *Corpus juris Fridericiani*. Pour le réaliser, il faisait table rase du passé, et il s'affranchissait de tous les liens de la tradition et de l'histoire. Il repoussait le droit canonique, le droit romain qu'il déclarait absolument inapplicable dans la forme que Justinien lui avait donnée, et enfin le droit allemand, qui n'était, suivant lui, qu'un droit imaginaire dont l'origine n'était pas connue, et dont les préceptes avaient cessé depuis longtemps d'être en vigueur. La seule base qu'il acceptait était le droit naturel, dont les préceptes, qu'il empruntait d'ailleurs au droit romain, devaient être formulés en règles simples et claires, dans une série d'articles disposés suivant un ordre naturel, et comprenant l'ensemble des droits sociaux, de telle sorte que chacun (*Jeder aus dem Wolke*) puisse, sans le secours de personne, le consulter, le comprendre, et y trouver la réponse écrite à côté de chaque question. Enfin, pour le protéger contre l'influence corruptrice de la science du droit et contre l'arbitraire des avocats et des juges, il en interdisait absolument tout commentaire, soit général, soit particulier, et comme il n'espérait pas cependant qu'aucune de ses parties ne put jamais avoir besoin d'être interprétée, il confiait au département de la justice et à une commission spéciale, dite du Landrecht, le soin de cette interprétation. Les deux premières parties de ce Code furent seules publiées à l'état de projet de 1749 à 1751, et les autres ne virent jamais le jour.

Il s'écoula trente ans avant que le roi entreprît de nouveau la réforme de la législation. Il se borna pendant cette période à rendre un certain nombre d'ordonnances sur différents sujets, suivant que le besoin s'en faisait sentir. Toutes ces ordonnances, bien que ne se rattachant à aucune vue d'ensemble, avaient cependant pour caractère commun de combattre l'autorité de la Caroline, et d'affranchir du droit de l'Empire le droit pénal prussien (1). — Ce fut un ordre du cabinet du 14 avril 1780, reproduisant d'ailleurs à peu près les termes

(1) Hälschner, *loc. cit.*, S. 186.

de l'ordonnance du 31 décembre 1746, qui vint donner le signal de nouveaux travaux.

Bien que Frédéric partageât la plupart des idées que Cocceius avait voulu mettre en pratique, cependant il ne tombait pas dans les mêmes excès. S'il attribuait comme lui la cause de toutes les imperfections du droit pénal au caractère incomplet et incertain de la législation qui donnait naissance de la part des jurisconsultes à des controverses qui dégénéraient bien vite en *sophisterie* et en *chicane* (1); si cédant sur ce point aux vues de son époque, il cherchait avant tout à limiter ce pouvoir de discussion, et à faire de l'application de la peine une fonction purement mécanique, il comprenait autrement que lui les obligations du législateur vis-à-vis de l'État. Ses vues à cet égard se trouvent indiquées par tous les actes de son règne, et il les a exposées théoriquement dans sa « Dissertation sur les raisons d'établir et d'abroger les lois. » Ce qu'il se proposait, ce n'était pas, comme son ancien ministre, de faire un Code universel; c'était d'abolir dans ses États l'influence du droit de l'Empire, et d'édifier à la place un Code exclusivement prussien, contenant non-seulement le droit pénal, mais le droit civil et la procédure, et tel fut en effet le caractère de l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, publié le 5 février 1794.

La commission (Gesetz-commission) à qui la rédaction de ce Code avait été confiée n'avait pas, comme avaient fait la Bavière et l'Autriche, séparé le droit pénal des autres droits, mais elle l'avait considéré comme une simple division de l'ensemble des droits sociaux que le Landrecht traitait en six parties. Chacune de ces parties comprenait plusieurs titres. Le vingtième titre de la deuxième partie avait pour objet le droit pénal, et il renfermait à lui seul près de 1600 paragraphes, ce qui peut donner une idée de l'étendue de cette législation, mais ce qui montre aussi combien étaient nombreuses les incriminations. Il n'était guère, en effet, de forme de manifestation de la pensée que le législateur n'ait tenté d'y prévoir et de réprimer.

On jugerait mal ce Code si l'on ne se rappelait quelle étroite relation existe entre le droit pénal et la politique, et si l'on ne cherchait en conséquence à se rendre compte du développement de l'état politique de la Prusse sous le règne de Frédéric et dans les temps qui l'ont précédé. La forme de ce développement était l'absolutisme de l'État. « La pratique et la doctrine politique, dit un jurisconsulte allemand, étaient d'accord pour demander que l'État fût investi d'un pouvoir absolu, supprimant toute indépendance individuelle, et soumettant purement et simplement à l'État et à son but toutes les sphères de la vie morale

(1) Hälschner, *loc. cit.*, S. 203.

et intellectuelle. Mais tandis que dans la pratique ce pouvoir absolu résidait dans la personne du prince et dans sa volonté, la doctrine l'introduisait d'une manière abstraite, et indépendamment de toute considération de personne, dans le mode de gouvernement. C'était à ce point que personne ne songeait en Allemagne à se lancer à la poursuite d'une forme idéale de gouvernement, mais qu'on ne cherchait l'idéal politique que dans les lumières du prince, dont l'individualité même disparaissait, qui n'était plus le prince, mais une personne abstraite, le chef de l'État qui donne de sages lois au peuple et qui les fait exécuter. L'État se développa d'après ces principes. Comme tout pouvoir absolu concentre en lui tout droit et toute puissance, toute vie et toute activité émanent aussi de lui seul. Il en résulte que l'État n'a pas besoin de trouver chez les individus une vie politique à eux propre et une activité personnelle dans les choses de la vie publique. Au contraire, il doit autant que possible empêcher cette manifestation de la vie et de l'activité privées comme une gêne pour le fonctionnement régulier de la machine de l'État. La soumission du peuple aux lois et aux ordres du gouvernement est la seule chose nécessaire. Cette soumission ne peut pas toujours être imposée par la force, elle doit avoir une cause morale, et les forces morales de la nation, dont l'État a besoin, ne doivent être développées et affermies qu'autant qu'il est nécessaire à l'intérêt public.... Si d'ailleurs l'État a intérêt au développement des forces morales et intellectuelles du peuple, c'est moins à cause du bien direct qu'il en peut tirer que parce que cette culture morale et intellectuelle adoucit l'aspérité des mœurs populaires, et qu'elle rend moins à craindre une opposition violente à ses prescriptions et à son autorité. Toutefois le développement de ces forces ne doit pas être abandonné à la volonté de l'individu, mais l'État doit employer tout son pouvoir et ses lois mêmes à lui donner la forme et la direction qui lui paraissent devoir servir le plus utilement le but qu'il se propose (1). »

Ces principes connus, on ne doit pas s'étonner si de la loi pénale on a voulu faire le plus puissant moyen d'éducation et de moralisation du peuple, si on lui a donné accès dans la famille pour y protéger le développement de la vertu, dans l'école pour y diriger l'éducation, dans les consciences pour y surveiller le sentiment religieux, si l'on a mis enfin à son service toutes les forces morales et physiques capables de prévenir les crimes et de retenir l'individu dans la voie du bien : la vertu, qu'elle doit provoquer, protéger, défendre et développer; l'éducation qui dissipe l'ignorance, l'une des sources les plus

(1) Hälschner, *loc. cit.*, S. 195.

fécondes de crimes ; la religion qui est l'un des plus puissants moyens de gouvernement ; et enfin la police, qui est aux manifestations extérieures de l'activité humaine ce que la religion est à l'activité morale et intellectuelle.

Ainsi le premier devoir que le Landrecht impose, sous leur responsabilité effective, à tous ceux qui ont autorité sur autrui, parents, maîtres, précepteurs, instituteurs, prédicateurs, c'est de prévenir et d'empêcher chez ceux qui leur sont soumis, ou dont l'éducation leur est confiée, le développement du vice et les infractions à la loi pénale. Il donne à l'autorité le droit de contraindre au travail les mendiants, les vagabonds, les paresseux, et il lui impose l'obligation corrélative de pourvoir à l'entretien et à la nourriture de ceux qui ne peuvent pas travailler. Il prescrit de catéchiser et de convertir les blasphémateurs et les hérétiques. Il ordonne comme un devoir l'amour du prochain ; il oblige les parents, sous menaces de peines, à veiller sur la moralité et la chasteté de leurs enfants, et spécialement les mères à faire connaître à leurs filles, dès qu'elles ont atteint l'âge de quatorze ans, les signes révélateurs de la grossesse et les mesures de précaution qu'elles doivent prendre pendant cette période, et plus tard lors de l'accouchement.

Il donne au pouvoir de police la mission de surveiller les détails les plus infimes de la vie domestique, comme, par exemple, l'état de la batterie de cuisine, la manière dont les mères et les nourrices soignent leurs nourrissons, et il le charge en même temps du soin de protéger les femmes enceintes contre des émotions trop vives (1).

Ce n'était plus ainsi à proprement parler une loi pénale, mais un manuel, un catéchisme aux règles précises duquel chacun devait conformer ses actes et sa conduite.

Les temps ont passé et la législation pénale de la Prusse s'est transformée, mais les mêmes principes servent encore aujourd'hui de règle à sa politique. Ce sont les mêmes procédés de gouvernement perfectionnés ou plutôt aggravés qui, aujourd'hui encore comme autrefois, enlèvent à l'individu toute initiative et le maintiennent sous la dépendance étroite et absolue de l'État. N'est-ce pas en effet en Prusse qu'a pris naissance ce système qui par l'école et par l'armée absorbe l'homme depuis l'enfance jusqu'à l'âge mûr ? N'est-ce pas ce même gouvernement, hostile à tout esprit d'indépendance, qui persécute de nos jours l'Église catholique et ses ministres, parce qu'ils n'ont pas voulu servir d'instruments dans sa main ? Toutes ces lois, destinées à réprimer de prétendus envahissements de l'Église contre l'État, ne

(1) Comp. Hälschner, *loc. cit.*, S. 199.

sont en effet autre chose, de quelque prétexte qu'on les colore, que la conséquence d'un système politique déjà vieux, une phase nouvelle de cette lutte entreprise depuis le xvii^e siècle contre tout ce qui refuse de se soumettre aveuglément à l'absolutisme de l'État. L'Église catholique ne peut pas abdiquer cette noble indépendance qui a toujours été sa force, l'un de ses titres de gloire, et que les persécutions n'ont jamais ébranlée. C'en est assez pour que le gouvernement la persécute, et que désespérant de la soumettre, il l'expulse violemment du sein de la nation.

En détruisant la liberté de l'homme, on détruit sa responsabilité. En faisant de la vertu et de la religion des obligations d'État, on leur enlève tout ce qu'elles ont de beau, de noble et d'élevé, lorsqu'elles sont librement acceptées, librement pratiquées, et qu'elles s'imposent à la conscience comme émanant de Dieu. La religion officielle comme la vertu officielle, protégées et imposées par la loi pénale, ne sont même plus dignes de ce nom, car au lieu du caractère absolu qui est de leur essence comme de toute vérité éternelle, elles prennent le caractère relatif de la loi qui les rend obligatoires, et avec laquelle elles se confondent, de telle sorte que le bien et le mal ne sont plus qu'une affaire de convention.

Sans doute le succès peut légitimer momentanément, aux yeux de bien des gens, des actes contraires aux règles de la morale et de la justice éternelles, et à celles sur lesquelles repose le droit en usage chez les nations civilisées, mais l'empire de la force n'a qu'un temps, et l'histoire impartiale proclamera un jour que les armées allemandes ont violé sur le sol français toutes ces règles du droit. Tant de crimes contre le droit des gens et le droit privé, commis par des hommes soumis cependant à une exacte discipline, dès que la main de fer qui pesait sur eux se faisait moins lourdement sentir, et qu'ils pouvaient espérer l'impunité, ne sont-ils pas la conséquence et en même temps la condamnation de ce système d'éducation politique, dont Globig, un de ces jurisconsultes qui contribuèrent si puissamment au xviii^e siècle à fonder et à soutenir la gloire juridique de la Saxe, disait déjà que s'il était adopté, « il détruirait la moralité chez le peuple, qu'il ferait des sujets des esclaves, qu'il n'empêcherait aucun délit, et qu'il provoquerait au contraire les grands crimes. » C'est en effet la nation tout entière dirigée pendant la guerre comme en temps de paix par ses magistrats civils et ses chefs militaires qui a commis tous ces excès.

Si les conséquences morales de ce système étaient mauvaises, ses résultats matériels étaient peut-être moins satisfaisants encore. En voulant prévoir pour les dominer toutes les manifestations de la pensée, soustraire la législation à l'interprétation des juges, des avocats et de

la science, et faire que chacun puisse y trouver l'indication de ses devoirs comme homme et comme citoyen, le législateur prussien avait été entraîné bien au delà des limites dans lesquelles le législateur doit se renfermer. Il avait dû s'appliquer à prévoir toutes les modalités du fait, toutes les circonstances qui pouvaient avoir influence sur la criminalité, multiplier en conséquence les divisions, les distinctions, sous prétexte de clarté et de précision, faire une œuvre très-compiquée, nécessairement incomplète, et au lieu de rendre le rôle de la science inutile et d'atteindre cet état heureux, objet de tous ses vœux, où chacun pourrait sans effort d'intelligence acquérir la connaissance de ses obligations envers l'État et envers ses concitoyens et être lui-même son propre avocat, il avait fait une législation qui n'avait pas moins besoin du concours de la science que de l'interprétation éclairée du juge ; il avait rendu seulement leur fonction plus difficile et moins assurée, en substituant des particularités aux principes : une législation enfin qui, pour être claire et à la portée de tous, était incompréhensible pour le plus grand nombre, à cause de la masse de détails qu'elle renfermait.

Malgré tant de dispositions multiples, on y avait passé sous silence des points importants. On avait omis par exemple d'indiquer l'influence que pouvaient avoir sur l'imputabilité les motifs qui avaient déterminé le crime, les circonstances qui l'avaient précédé ou accompagné, les suites qu'il avait eues ; les causes d'atténuation ; les moyens de déterminer, d'après les différentes circonstances du fait, la peine ordinaire et la peine extraordinaire lorsqu'il y avait lieu de l'appliquer. Sur tous ces points et sur d'autres encore, on promit de donner aux juges des instructions très-étendues ; mais cette promesse ne fut jamais tenue, et jamais aussi la pratique et la science n'eurent, bien assurément contre la volonté du législateur, un plus large champ d'action.

Le Landrecht était à peine en vigueur que ses imperfections se manifestèrent par la pratique, et appelèrent sur lui l'attention du législateur. On essaya d'abord d'y remédier au moyen d'ordonnances particulières rendues sur les sujets omis ou insuffisamment traités. Mais il n'était pas facile de corriger de la sorte des vices qui tenaient à une cause générale ; on le reconnut bientôt, et, dès 1789, on s'était décidé à faire un nouveau Code pénal reposant sur des principes différents de ceux sur lesquels il avait été édifié. Dès ce moment, les ordonnances qui furent rendues en grand nombre sur différentes matières pénales, n'eurent plus d'autre but que de parer aux nécessités les plus pressantes du moment. Elles étaient relatives, par exemple, à l'armée, aux douanes, aux impôts, au commerce, à la presse, aux délits politiques, à l'exécution de quelques peines, ou bien elles renfermaient des déclarations ayant pour but

d'interpréter ou d'éclaircir des dispositions obscures. Elles n'avaient aucune vue d'ensemble, et elles renvoyaient au nouveau Code la solution définitive des questions qu'elles tranchaient. En 1803, on publia une ordonnance d'un caractère plus général, consacrée uniquement à la procédure criminelle, et qui fut officiellement annoncée comme la première partie de la nouvelle législation; mais les autres parties ne virent jamais le jour. Cette ordonnance reçut néanmoins force de loi, et elle resta en vigueur telle qu'elle avait été votée jusqu'au jour où, pour la mettre en harmonie avec les principes consacrés par le Code pénal de 1831, on lui fit subir, ainsi que nous le verrons dans le chapitre qui va suivre, d'importantes modifications.

III

Le Code pénal français exerça, dans les premières années du XIX^e siècle, sur la législation criminelle de l'Europe, une influence à laquelle il était difficile que la Prusse échappât. Mais le souvenir de ses défaites, la haine violente qu'elle en avait conservée, la crainte de paraître reconnaître sur ce point notre supériorité, certaines contrariétés qui existaient entre les principes admis par ce Code et les idées que le gouvernement professait, notamment en ce qui concernait le jugement par jurés, l'attachement qu'un certain parti à la tête duquel était le roi avait conservé pour l'Allgemeines Landrecht, tous ces motifs commandaient de le repousser et d'en combattre le principe. Dès les premiers travaux, la lutte s'établit entre ces deux influences, et cette diversité de vues, jointe aux événements politiques, causa les longs retards que leur achèvement définitif devait subir. Ce ne fut réellement qu'en 1826 qu'ils commencèrent. Dans un ordre du cabinet, qui porte la date du 24 juillet de cette année, le roi prescrivit à son ministre de la justice de prendre pour base l'Allgemeines Landrecht et l'ordonnance de justice, de réviser toutes celles de leurs dispositions dont la pratique avait démontré l'insuffisance ou l'injustice, ou qui ne répondaient plus aux nécessités du temps, et de faire une législation claire et complète.

Pendant que le roi bornait ainsi son ambition à l'espoir d'une réforme qu'on avait déjà tentée inutilement, les corps judiciaires que l'on avait consultés, et dont les observations présentées sur chacun des titres et des paragraphes du Landrecht devaient former les principaux éléments de cette réforme, furent unanimes à déclarer qu'il était impossible de conserver, même en l'améliorant, le système de ce Code, et qu'il était indispensable, si l'on voulait faire une œuvre utile, de don-

ner des bases différentes à la nouvelle législation. En présence de cette opposition, le roi consentit à se départir de la rigueur des instructions qu'il avait données, mais il ne cessa de recommander de ne pas abandonner sans de graves motifs les principes sur lesquels reposait la législation existante.

Des travaux poursuivis sous l'empire de cette double tendance, sortit, en 1830, un premier projet, œuvre incomplète, sans caractère, qui réunissait dans le même cadre, à des améliorations empruntées aux Codes de la Bavière et de la France et aux projets de lois que l'on préparait alors dans la Saxe et le Hanovre, de graves imperfections résultant de ses attaches avec le Landrecht. Ainsi l'on y avait modifié l'échelle des peines de manière à donner satisfaction aux demandes de la justice et de l'humanité, et on l'avait déchargé de cette quantité de dispositions policières qui encombraient le Landrecht ; mais en même temps on avait emprunté à ce Code toutes ses incriminations pénales ; on avait édicté des peines différentes, non-seulement d'après la gravité du fait punissable, mais d'après la qualité des personnes ; et pour limiter le pouvoir d'appréciation du juge, on y avait introduit des distinctions sans nombre qui y étaient absolument déplacées.

Ce premier projet fut révisé en 1833 et en 1836, avant même d'avoir été présenté aux délibérations du Conseil d'État. Cette révision fut entreprise et exécutée dans un esprit antilibéral et, dans le but de fortifier le pouvoir, on y avait introduit plusieurs dispositions ayant un caractère purement politique. On était alors sous l'influence des événements de 1830, et le gouvernement prussien avait cru devoir se défendre par des dispositions pénales contre l'essor de l'esprit libéral qui suivit ce mouvement. On doubla la rigueur des peines déjà prononcées contre tout délit qui pouvait avoir un caractère politique, et on créa où il n'en existait pas encore de nouvelles incriminations si nombreuses, si larges et si mal définies, qu'il était facile au gouvernement de poursuivre grâce à elles, comme délit politique, l'acte le plus indifférent. Ainsi étaient punis comme actes préparatoires du crime de haute trahison, non-seulement la tentative et le complot, mais la simple proposition (*aufforderung*), les réunions prohibées, le port de drapeaux, de symboles et de tous signes de réunion ou de reconnaissance. Toute expression de blâme ou de raillerie contre la Constitution, les lois de l'État, les corps constitués, ou même un fonctionnaire isolé, tombaient sous le coup de la loi pénale. Enfin on s'y était arrogé le droit de faire juger par les tribunaux prussiens, et d'après les lois prussiennes, toutes les entreprises dirigées contre la Confédération germanique, même quand elles auraient été commises par un étranger, et hors du territoire prussien.

Ce projet fut soumis à une commission spéciale et au Conseil d'État, qui le modifièrent profondément et qui, tout en maintenant les nombreuses dispositions de police qu'on y avait introduites, s'appliquèrent à adoucir la trop grande dureté des incriminations politiques qu'il contenait. Malgré ces modifications qui répondaient aux vœux de tous les hommes sensés qui voyaient avec peine le gouvernement s'engager dans la voie des répressions à outrance, lorsqu'il fut publié en 1841 (1), il ne reçut pas un accueil favorable, et ses nombreuses imperfections appelèrent sur lui toutes les sévérités de la critique. Comme il arrive d'habitude aux œuvres qui n'ont pas un caractère nettement tranché, il ne satisfaisait personne, et si quelques juristes pensaient qu'on pouvait lui conserver, en le modifiant dans ses détails, la forme et le caractère que les derniers travaux du Conseil d'État lui avaient donnés, c'était le petit nombre ; la plupart au contraire s'attaquaient directement à son principe et demandaient suivant leurs préférences ou la tendance de leur esprit, les uns qu'on en revînt au Landrecht, dont il leur semblait qu'on s'était trop écarté ; les autres qu'on abandonnât entièrement la législation pénale de Frédéric et qu'on prît franchement pour modèle le Code pénal français.

De toutes ces solutions, il n'en était pas qui pût être plus contraire que cette dernière aux intentions du roi. Mais d'un autre côté, on s'était rendu compte depuis le commencement des travaux qu'il était impossible de revenir en arrière et de reprendre le Landrecht, comme le demandaient encore quelques esprits attardés ; la transaction que l'on avait essayée entre les deux systèmes n'avait pas donné de bons résultats, et elle était mal acceptée ; dans cette alternative on prit le sage parti de consulter, par l'intermédiaire des diètes provinciales, le sentiment de la nation et l'on adressa à ces assemblées, avec un exemplaire du projet un mémoire dans lequel on s'attachait à justifier les décisions que le gouvernement avait prises sur les points, au nombre de soixante-quatre, les plus contestés.

Il faut rendre cette justice à la nation allemande qu'elle est laborieuse et savante, et que jamais elle ne recule devant l'étude des problèmes qui lui sont soumis. Aussi ce travail d'examen ne resta pas circonscrit dans le sein des diètes, l'esprit public s'en saisit, il s'y attacha avec ardeur, et les représentants reçurent de toute part de nombreuses pétitions qui traitaient des points les plus divers, mais qui toutes ou presque toutes demandaient de nouvelles concessions libérales.

(1) Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preussischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths. Berlin, 1843.

Ce mouvement de l'opinion publique exerça une grande influence sur les résolutions des États. Sans doute on ne pouvait pas attendre d'hommes qui n'étaient pas jurisconsultes, et dont le plus grand nombre n'avaient pas une notion suffisante du droit pénal et de ses règles, un jugement éclairé sur tout ce qui était question de détail et de mesure, sur les incriminations, sur les peines, leur genre, leur mode d'application; et les appréciations des pétitionnaires sur ces différents points étaient des plus diverses; ainsi, par exemple, les uns demandaient l'abolition de la peine de mort, les autres, et c'était le plus grand nombre, demandaient qu'elle fût conservée. Le projet maintenait au rang des peines les corrections corporelles, et il proposait de les appliquer aux hommes seulement: les uns approuvaient cette disposition, d'autres la repoussaient comme indigne des lois d'une nation civilisée, tandis que d'autres proposaient d'appliquer aux femmes ce mode barbare de répression. Pendant que l'on soutenait que l'adultère ne devait pas faire l'objet des incriminations de la loi pénale, on trouvait d'autre part que les délits contre les mœurs n'étaient pas assez sévèrement punis. Dans toutes les matières spéciales on rencontrait la même diversité, et ces demandes contradictoires se neutralisaient réciproquement. Mais si les masses sont incapables de pénétrer dans les détails d'un projet de loi, d'en comprendre les conséquences, même les moins lointaines, et de saisir le lien qui les rattache à l'ensemble, en général elles jugent au contraire très-sainement dans l'ensemble, la direction politique ou morale donnée à l'œuvre qui leur est soumise, parce qu'elles la jugent avec leurs sentiments et leurs croyances, sans idée préconçue et sans parti pris (1). Or, autant il y avait de diversité sur les points de détail, autant on rencontrait d'accord sur la question d'ensemble et de direction, et nulle part le projet ne reçut un accueil favorable parce que ses tendances politiques, morales ou religieuses heurtaient directement le sentiment de la nation.

A ces causes tout intimes de dissentiment entre le gouvernement et la nation, il s'en joignit bientôt une autre qui, pour ne pas être inhérente au projet lui-même, s'y rapportait cependant, car c'était sur la question de procédure criminelle qu'elle portait. Si le besoin d'une réforme de la législation pénale se faisait sentir depuis longtemps, la réforme des lois de procédure n'était ni moins urgente ni moins vivement réclamée. L'ordonnance de 1805 n'avait pas tenu les promesses que le gouvernement avait faites, ni répondu à l'attente de la nation. Le gouvernement le reconnaissait d'ailleurs, et il avait annoncé

(1) Il est évident que si la multitude était disciplinée et obéissait à un mot d'ordre, son jugement n'aurait aucune valeur.

l'intention de la réformer en même temps que la législation pénale. En 1842, on avait en effet présenté au roi un projet de Code de procédure criminelle (1). Mais ce projet n'avait pas reçu la même publicité que celui du Code pénal ; on ne connaissait ni son esprit ni ses tendances, et de cette ignorance naissaient des défiances qui, pour ne pas être justifiées quant à présent, n'en étaient pas moins fondées en réalité. Le sentiment populaire demandait en effet que cette réforme de la procédure criminelle fût basée sur les points suivants : la procédure accusatoire, l'instruction orale et publique et le jugement par jurés ; le gouvernement ne concédait que l'instruction orale, et l'on peut conjecturer que s'il n'avait pas soumis ce projet à l'examen des États provinciaux, c'est qu'il ne se dissimulait pas l'insuffisance de cette concession. Sans doute il aurait été habile de sa part de faire voter la loi pénale avant que l'attention n'eût été trop vivement appelée sur les questions de procédure criminelle : le Code pénal renfermait en effet des dispositions incompatibles avec les aspirations de la nation, notamment avec le jugement par jurés, et la question eût été ainsi préjugée avant même d'avoir vu le jour. Mais précisément ces incompatibilités ne restèrent pas inaperçues ; de leur existence on conclut à ce qui était réellement dans le projet, et toutes les diètes invoquant l'étroite solidarité existant entre le droit pénal et la procédure criminelle et l'influence réciproque qu'exercent nécessairement l'un sur l'autre ces deux sujets, furent unanimes pour demander que le nouveau Code pénal ne fût pas promulgué avant que le projet de Code d'instruction criminelle n'eût été soumis à leur appréciation.

La diète dont les décisions exercèrent la plus grande influence sur le résultat définitif de cette réforme fut celle de la province du Rhin. Cette province, violemment séparée de la France, avait conservé dans son nouvel état la législation française. Elle y était fort attachée, et toute mesure qui semblait de nature à y porter atteinte rencontrait de sa part une vive opposition. Ses sentiments bien connus vis-à-vis d'une législation que le projet avait pour but de remplacer, forcèrent le gouvernement à prendre à son égard certaines mesures de persuasion qu'il avait jugées inutiles vis-à-vis des diètes des autres provinces. Pour la convertir à un changement dont elle ne voyait pas l'utilité, on lui soumit, outre le texte du projet, un mémoire d'origine officielle dans lequel on se livrait à une critique sévère du Code pénal français. En outre, le commissaire du gouvernement vint déclarer qu'on n'avait l'intention ni d'abolir l'institution du jury existant dans cette province, ni de préparer les voies à cette abrogation.

(1) Revidirte Entwurf der Strafprozen-Ordnung für die Preussischen Staaten.

Que le Code pénal de 1810 ne soit pas une œuvre parfaite, qu'il ait eu à l'origine de graves défauts, qu'il en ait encore aujourd'hui après les modifications successives qui y ont été apportées, c'est un point sur lequel il est inutile d'insister. Cependant il a été pris pour modèle par la plupart des nations de l'Europe, et la Prusse n'en a pas trouvé de meilleur à imiter. Dans la circonstance, c'était une grande maladresse, ou le signe d'une immense présomption, que de mettre en parallèle avec ce Code un projet qui lui était si notoirement inférieur et qui avait tout à perdre à cette comparaison. La déclaration faite par le commissaire du gouvernement dans le sein de la diète n'était pas beaucoup plus habile, puisqu'elle était contredite par le projet même qu'il soutenait, dont les dispositions étaient incompatibles avec les mesures d'instruction et de jugement dont il promettait cependant le maintien. Aussi sans discussion, sans même délibérer, les représentants de la province se trouvèrent-ils d'accord pour combattre le travail du gouvernement. Les sentiments de l'Assemblée trouvèrent leur expression dans le discours suivant de l'un de ses membres : « La législation rhénane, disait-il, est une conquête faite il est vrai à une époque désastreuse, mais elle s'est maintenue pleine de vie, semblable à un arbre vigoureux, et a fait prospérer à son ombre la liberté civile. Sous son abri deux générations se sont élevées, et celle qui vit aujourd'hui l'entoure pleine de reconnaissance pour la protéger. Si la cognée doit s'en approcher, si une branche doit en être abattue, chaque coup frappera le pays au cœur. Une responsabilité immense pèse sur nous, représentants de la province. Les États qui nous ont précédés ont lutté avec succès pour le maintien de nos institutions, pour le joyau le plus cher aux habitants du pays rhénan; puissions-nous ne pas méconnaître notre mission (1) ! »

L'Assemblée déclara qu'elle n'entreprenait l'examen du projet que pour faire acte de déférence envers le souverain, et en tenant pour acquis le maintien du mode existant de procédure et de jugement. Cette réserve faite, elle aborda l'étude du projet, elle le modifia autant qu'elle pouvait le faire par voie d'amendement, dans le sens du Code pénal français, elle résuma ensuite en trente propositions le résultat de ses délibérations, et en adressant ce travail au roi, elle le pria d'ordonner la préparation d'un nouveau projet, auquel servirait de base la législation du pays rhénan.

Le roi était loin de vouloir déférer à ces vœux. « Nous avons remarqué avec regret dans les discussions, disait-il en réponse, un esprit de prévention qui a empêché l'examen impartial du projet. Néanmoins,

(1) Nypels, *Code pénal français progressif et comparé*, p. 486.

puisque les États se sont approprié l'avis de leur commission et nous l'ont présenté, nous y aurons égard comme aux observations des autres États. Quant à la demande d'un nouveau Code pénal qui prenne pour base la législation française, nous la repoussons avec d'autant plus d'énergie que nous nous sommes proposé de fortifier, sous tous les rapports, l'élément et l'esprit allemands (1). »

Telle paraissait être à ce moment l'impossibilité de parvenir à concilier ces prétentions opposées, que dans le sein de la commission on agita la question de savoir s'il ne serait pas préférable de renoncer à faire un Code unique, et de donner à chaque province séparément les institutions pénales qui lui conviendraient le mieux. De Savigny, qui était alors ministre de la justice, défendit énergiquement l'idée de l'unité législative, et cette idée prévalut ; mais il ne put la réaliser sans sacrifier le Landrecht au droit français. Trois nouveaux projets furent encore publiés en 1845, 1846 et 1847, et chacun d'eux en réalisant un progrès sur celui qui l'avait précédé, a emprunté dans une proportion plus considérable au Code pénal français, non-seulement ses principes, mais encore le plus grand nombre de ses dispositions. « La comparaison du projet de 1847 avec celui de 1845, dit à ce sujet M. Hälschner (2), y fait voir d'importants changements qui ne peuvent pas être regardés tous comme des améliorations, et qui détruisent l'unité de caractère que le projet de 1845 possédait. Dans ce projet, déterminé en cela par les observations de l'Assemblée de la province du Rhin, on avait déjà souvent pris en considération le droit pénal français, mais on l'avait fait en conservant au droit allemand le caractère qui lui est propre. On ne peut pas dire la même chose du nouveau projet qui, bien que ne donnant pas satisfaction à toutes les demandes des jurisconsultes rhénans, s'est approprié dans une mesure bien plus large, et notamment dans les dispositions particulières, les éléments du Code pénal français. »

L'Assemblée générale des États (Vereinigte Landtag) réunie à Berlin, à qui le projet fut soumis dans les derniers mois de 1847, afin de le convertir en loi, fit encore une nouvelle et importante concession aux partisans de l'influence française représentés surtout par les jurisconsultes rhénans, en y introduisant, d'accord d'ailleurs avec le gouvernement, la division tripartite des actions punissables adoptée par le Code pénal français, crimes, délits, contraventions. Ainsi dans cette lutte entre la nation et le gouvernement c'était à la nation que restait la vic-

(1) Nypels, *loc. cit.*, p. 487.

(2) *Loc. cit.*, S. 280.

toire, et ce Code, qui, dans l'esprit du roi, devait servir à fortifier l'élément et l'esprit allemands, devait à une législation étrangère ses principales dispositions.

La lutte terminée sur le terrain du Code pénal, recommença aussitôt sur celui de la procédure criminelle. L'assemblée générale des États reprit en effet pour son compte toutes les demandes que les assemblées provinciales avaient formulées autrefois. Le gouvernement, de son côté, déclara qu'il était disposé à introduire dans toutes les provinces du royaume la procédure orale et publique; mais il refusait des concessions plus larges, et notamment l'institution du jury. En présence de cette attitude, la diète générale, comme autrefois aussi les diètes provinciales, demanda que la publication du Code pénal fût retardée jusqu'à ce que le nouveau projet de Code d'instruction criminelle eût été soumis à ses délibérations. On ne saurait dire combien eût duré cette lutte nouvelle, ni quels en eussent été les résultats, si le roi se fut laissé arracher les nouvelles concessions qu'il avait refusées d'abord comme dangereuses pour l'ordre politique qu'il avait établi, ou s'il eût persévéré dans son refus. Les événements vinrent précipiter la solution et interrompre le spectacle digne d'éloge que donnait cette nation obtenant par les seules forces du calme et de la persévérance la concession de réformes qu'on lui avait obstinément refusées. Ce fut à la violence de la révolution qu'elle dut cette conquête. En France elle avait brisé un trône, en Prusse elle l'avait fait chanceler, et au nombre des concessions que le roi avait faites pour sauver sa couronne, se trouvait l'octroi du jugement par jurés. Le jury fut introduit en Prusse en même temps que la procédure orale et publique, par ordonnance du 3 janvier 1849. Est-il surprenant qu'aujourd'hui le gouvernement prussien cherche, à substituer au jury les tribunaux d'échevins, et à reprendre ainsi cette concession qu'il n'a pas librement consentie.

A la faveur de la commotion politique de 1848, la Prusse crut un moment pouvoir étendre sa domination sur toute l'Allemagne, et l'on prépara aussitôt un projet de Code pénal allemand; mais l'événement cette fois trompa ses espérances: le projet ne fut même pas soumis à la délibération des Chambres, il fut abandonné et l'on reprit l'étude du Code pénal prussien. On était d'accord sur toutes les questions de principe. Les modifications qu'on lui fit subir encore étaient en quelque sorte commandées par les événements et elles ne donnèrent lieu à aucune discussion. Elles eurent pour but de le mettre en harmonie avec les changements survenus dans la Constitution, dans l'organisation judiciaire, dans la procédure criminelle, et de le rapprocher encore davantage du Code pénal français. On peut citer notamment

comme empruntées à ce Code, à la faveur de cette nouvelle révision, des dispositions sur la tentative, la complicité, les excuses, la haute trahison, la perte des droits civils comme peine accessoire et le faux.

Ce projet ainsi rectifié fut publié en 1851 avec l'exposé des motifs (1). Il fut approuvé par les Chambres qui lui firent subir quelques modifications sans importance, et il devint le Code pénal prussien du 14 avril 1851.

La discussion, s'il y a lieu, est renvoyée à la prochaine séance.
La séance est levée à dix heures et demie.

(1) Entwurf des Strafgesetzbuchs, für die Preussischen Staaten.